

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

INCONVÉNIENTS
DE LA
GÉNÉRALITÉ DES HYPOTHÈQUES
ET
REMÈDES PRATIQUES A Y APPORTER

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 17 janvier 1910, à 1 heure 1/2,

PAR

J. QUENTEL

Président : M. PIÉDELIÈVRE.

Suffragants : { MM. BARTIN, professeur.
PERCEROU, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

INCONVÉNIENTS
DE LA
GÉNÉRALITÉ DES HYPOTHÈQUES
ET
REMÈDES PRATIQUES A Y APPORTER

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le 17 Janvier 1910, à 1 heure 1/2

PAR

J. QUENTEL

Président : M. PIÉDELIÈVRE.

*Suffragants : { MM. BARTIN, professeur.
PERCEROU, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1910



BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages spéciaux.

ALLEMAND.— *Examen du régime hypothécaire établi par le Code civil et des améliorations dont il est susceptible*, Riom, 1837, in-8°.

BESSGN. — *Les Livres Fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, 1891.

CHALLAMEL. — *Rapport et projet de loi sur les privilèges et hypothèques*, 1892, in-8°. *De l'hypothèque judiciaire*, 1881, in 8°.

Rapport sur le crédit hypothécaire, 1893.

Rapport au nom du comité de révision de la sous-commission juridique du cadastre, sur les privilèges et hypothèques, Paris, 1900.

Circulaire des notaires des départements.

Compte-rendu du Congrès international de la propriété foncière, Paris, 1900.

DECOURDEMANCHE. — *Du danger de prêter sur hypothèque et d'acquérir les immeubles*, 3^e édition, 1830.

DIOLE. — *Étude critique du système des Livres Fonciers*, Paris, 1906.

HENRICET. — *Cadastre et Livre Foncier ou exposé d'un moyen d'effectuer la réforme hypothécaire et d'assurer la*

péréquation de l'impôt foncier sans refaire le cadastre, 1891.

DE LOYNES. — *Etude du projet de loi sur la réforme hypothécaire*, déposé par M. Darlan.

MASSIGLI. — *Rapport sur l'immatriculation des immeubles*, 1893.

Procès-verbaux de la commission extra-parlementaire du cadastre.

Imprimerie nationale, neuf fascicules (1891-1906).

ROY. — *De la spécialité du gage hypothécaire*, 1895, in-8°.

SIVAN. — *La réforme hypothécaire, spécialement au point de vue de la publicité*, thèse, Aix, 1900.

THÉZARD. — *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet Darlan et la proposition Thézard*, Paris, 1904.

VALETTE. — *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, 1879-1880, 2 volumes in-8°.

De l'hypothèque judiciaire.

Discours prononcé à l'Assemblée Nationale législative dans la discussion du projet de loi relatif à la revision du régime hypothécaire.

DE VAREILLE-SOMMIÈRES. — *L'hypothèque judiciaire, son passé, son présent, son avenir*, 1872, in-8°.

DE VATIMESNIL. — *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de M. Pougeard et le projet de loi présenté par le gouvernement sur les privilèges et hypothèques*, 1850.

INCONVÉNIENTS DE LA GÉNÉRALITÉ DES HYPOTHÈQUES

ET

REMÈDES PRATIQUES A Y APPORTER

INTRODUCTION

Notre Code civil, après avoir admis en principe la règle de la spécialité en matière hypothécaire, établit néanmoins pour certaines hypothèques un régime de faveur qui va à l'encontre de la règle qu'il a lui-même adoptée. Ce régime s'applique aux hypothèques légales et à l'hypothèque judiciaire qui demeurent générales, c'est-à-dire qu'elles affectent tous les immeubles des débiteurs, tant présents que futurs.

Un régime hypothécaire ainsi organisé présente de bien graves inconvénients. Toutes ces hypothèques générales sont en effet une entrave et une complication pour les transactions et les mutations ; bien plus, elles sont une gêne très grande pour le crédit de la propriété immobilière dont l'extension est réclamée par tout le monde.

Aussi, depuis de longues années, la question de la réforme hypothécaire est-elle à l'ordre du jour.

Depuis la promulgation du Code civil bien des projets ont été proposés. En 1896, notamment, M. Darlan, alors ministre de la Justice, déposa sur le bureau du Sénat un projet de loi introduisant d'importantes modifications dans notre régime hypothécaire, mais ce projet n'a pas encore pu aboutir.

Le Sénat a bien adopté un texte définitif ; mais ce texte, aussitôt transmis à la Chambre des Députés, y est encore à l'étude, de sorte que nous en sommes toujours à notre régime hypothécaire vieilli et suranné de 1804.

Et cependant, à notre époque où les transactions en matière immobilière ont pris un développement inconnu de l'ancien droit, une telle réforme s'impose au législateur avec un caractère de nécessité et d'urgence qu'il serait vain de nier. Pour se rendre compte, en effet, de l'importance de la bonne organisation d'une sûreté réelle, telle que l'hypothèque, il suffit de songer à l'énormité des capitaux qu'elle garantit, à la masse considérable des propriétés foncières qu'elle grève, et à la multiplicité des intérêts qu'elle doit sauvegarder. Si l'on se place en effet au 31 décembre 1876, date de la statistique officielle d'ensemble la plus récente (1), on constate que le

(1) *Economiste Français*, numéro du 20 janvier 1903.

passif de la dette hypothécaire est évalué à la somme de 19,279,000,000. Si de cette somme totale nous déduisons les 5,742,000,000 d'hypothèques qui, quoique encore inscrites, représentent en réalité des créances remboursées, il reste encore 13,537,000,000 auxquels il faut joindre les 832,000,000 dus au Crédit Foncier, ce qui, en définitive, porte le total de la dette hypothécaire réelle à la somme de 14,369,000,000 (1).

Or, si important que soit ce chiffre, il nous paraît cependant encore moins impressionnant que la multiplicité des intérêts divers auxquels l'hypothèque doit donner satisfaction. Il y a d'abord l'intérêt du capitaliste, qui doit trouver dans l'hypothèque la garantie sérieuse et efficace à laquelle il a droit en échange de l'aliénation momentanée de capital qu'il consent à son emprunteur. Il y a, ensuite, l'intérêt du débiteur, qui, grâce à la garantie hypothécaire offerte, doit trouver les capitaux dont il a besoin dans les conditions les moins onéreuses possible. Il y a enfin l'intérêt de la propriété foncière tout entière, dont le complet développement ne saurait être atteint sans l'aide indispensable des capitaux, que seule l'hypothèque peut lui procurer.

(1) Il n'est pas à notre connaissance qu'on ait établi de statistiques d'ensemble plus récentes. Cependant en 1903 M. de Foville estimait que la dette hypothécaire avait subi une légère diminution et la fixait au chiffre de 13 milliards et demi.

Or, pour pouvoir donner satisfaction à ces multiples intérêts, il importe d'avoir une organisation hypothécaire simple, mais complète ; il importe surtout qu'aucune lacune ne puisse subsister dans l'exposé de la situation hypothécaire des immeubles. Il faut, en effet, que le capitaliste, auquel la garantie réelle est offerte, puisse avoir la certitude qu'il ne sera pas un jour évincé par le bénéficiaire de quelque hypothèque occulte, qui devra nécessairement passer au premier rang ; il faut également que l'emprunteur, pour obtenir dans de bonnes conditions le capital dont il a besoin, soit en mesure de lui donner cette certitude.

Cette bonne organisation hypothécaire est particulièrement importante dans notre pays où la propriété est si morcelée. En France, en effet, nous avons un minimum de huit millions de propriétaires fonciers, tandis que l'Angleterre n'en compte que deux cent mille, et l'Allemagne à peine deux millions et demi. D'après les statistiques recueillies par M. de Foville dans son ouvrage très documenté et très complet sur le morcellement du sol en France, il appert que ce chiffre de huit millions de propriétaires fonciers représente en moyenne un propriétaire sur deux chefs de famille (1).

(1) Voir l'ouvrage de M. Flour de Saint-Genis sur le *Crédit territorial en France et la Réforme hypothécaire*, p. 117 et suiv.

Ces différentes considérations, que nous venons d'indiquer, prouvent que la réforme hypothécaire serait non seulement une œuvre de simplification et de perfectionnement juridique souhaitée par les praticiens, mais encore un progrès économique et social complétant l'ensemble des mesures démocratiques prises par le Parlement dans toutes ces dernières années.

Certes, nous n'avons pas l'intention d'étudier ici dans son ensemble une réforme aussi considérable et aussi complexe ; une pareille étude, en dehors même des difficultés nombreuses qu'elle présente, serait en tout cas infiniment trop vaste pour le cadre modeste que nous nous sommes tracé.

Nous voudrions seulement déterminer les inconvénients de la généralité des hypothèques et voir comment l'on pourrait appliquer, dans notre législation, le principe de la spécialité, qui, comme nous l'avons déjà et par avance implicitement indiqué, est la condition indispensable et primordiale de toute bonne organisation hypothécaire. Notre sujet étant ainsi délimité et compris, nous avons pensé qu'il se divisait de lui-même en trois parties bien distinctes, une première partie étant consacrée à l'examen de l'état actuel de notre législation ; la seconde partie comportant l'étude des différents essais de spécialisation tentés en France depuis la loi de brumaire an VII et réalisés par nos voisins ; la troisième partie étant

réservée à l'exposé de la réforme que nous préconisons, comme nous paraissant à la fois la plus pratique et la plus féconde.

PREMIÈRE PARTIE

ÉTAT ACTUEL DE NOTRE LÉGISLATION

Notre législation admet, en principe, la spécialité des hypothèques sous son double aspect, savoir la spécialité quant aux créances garanties, et la spécialité quant au gage hypothécaire. Cette double spécialité est une règle législative relativement récente ; son origine véritable ne remonte qu'au droit intermédiaire, et c'est la célèbre loi de brumaire an VII qui, pour la première fois en a fixé les bases d'une façon nette et rationnelle ; le droit romain et le droit intermédiaire ne présentaient à ce sujet que des antécédents peu précis et des mesures uniquement occasionnelles ou locales.

La nécessité d'une double spécialisation complète et générale ne s'est fait véritablement sentir que sous l'influence des besoins économiques modernes, en raison de la multiplicité de plus en plus grande des

transactions en matière immobilière. Malheureusement, le législateur de 1804 n'a pas cru devoir donner à ces besoins la satisfaction entière et complète qu'ils réclamaient.

Dans la crainte notamment de léser les droits d'une catégorie de personnes particulièrement dignes d'intérêt — mineurs, interdits, femmes mariées — les rédacteurs de notre Code civil ont cru devoir apporter, dans un certain nombre de cas, des exceptions au principe de la spécialité, qui en ruinent en fait toute l'économie. Pour essayer de pallier les inconvénients des hypothèques générales ainsi créées, ils ont imaginé une série de mesures, qui malheureusement, sont pratiquement insuffisantes.

Nous aurons, en temps utile, à examiner, s'il n'est pas possible de concilier les droits légitimes des incapables avec les exigences des besoins économiques actuels. Dans cette première partie où nous nous proposons seulement d'étudier l'état actuel de la législation, nous avons à examiner : 1° le principe de la spécialité quant au gage hypothécaire et quant aux créances garanties tel qu'il est établi par notre Code civil ; mais ce principe comportant des développements trop longs qui seraient peu en rapport avec notre travail, nous ne nous étendrons pas sur ce chapitre et nous n'en ferons qu'un exposé général ; 2° l'origine historique de ce principe ; 3° enfin l'insuffisance des remèdes apportés par le législateur aux

exceptions par lui consacrées au principe de la spécialité. C'est cette triple étude que nous allons faire dans les trois chapitres suivants.

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPE DE LA SPÉCIALITÉ

La spécialité des hypothèques est, comme nous l'avons déjà indiqué, la condition primordiale et essentielle de toute bonne organisation hypothécaire. Ce qu'avant d'engager ses capitaux, le prêteur désire savoir, ce que l'emprunteur doit être logiquement en mesure de lui prouver, c'est que la valeur de l'immeuble offert en garantie n'est pas d'ores et déjà absorbée par les hypothèques antérieurement consenties. Or, pour pouvoir apporter cette justification nécessaire, il faut que le capitaliste puisse constater par le registre du conservateur des hypothèques quel est le montant des créances garanties et quelle est l'étendue du gage hypothécaire. C'est à cette double condition seulement qu'il pourra savoir la valeur de la garantie qu'on lui offre pour le capital demandé.

Notre Code civil admet en principe cette règle de la spécialité sous la double forme que nous venons d'indiquer. Malheureusement, il apporte dans l'appli-

cation de ce principe de trop larges exceptions, qui en bouleversent toute l'économie.

Il est bien évident, en effet, que si la loi dispense de la spécialité certaines hypothèques dans des conditions déterminées, la présence d'une hypothèque de cette nature suffira, à elle seule, pour faire naître dans l'esprit du créancier des doutes légitimes, qui pourront être de nature à le déterminer à refuser tout crédit au débiteur. Qu'importe que l'immeuble offert en garantie, même représentant une valeur importante, ne soit grevé d'aucune autre hypothèque, si rien ne vient garantir au prêteur que cette seule hypothèque générale n'absorbera pas la valeur totale de l'immeuble ?

Donc, en bonne logique, le principe de la spécialité doit être nécessairement une règle sans exception. De plus, cette spécialité doit se présenter sous un double aspect : d'une part, elle doit déterminer le montant des créances garanties par l'hypothèque, et d'autre part, elle doit fixer, d'une façon précise, l'étendue du gage hypothécaire sur les immeubles du débiteur. C'est cette double forme de la spécialité que nous allons étudier dans les deux paragraphes de ce chapitre.

§ 1^{er}. — *Spécialité quant aux créances garanties.*

La première indication, nécessaire tant à l'intérêt du prêteur qu'à celui de l'emprunteur, est celle du montant des créances garanties par l'hypothèque. C'est avec beaucoup de justesse qu'on a pu dire que cette forme de la spécialité est : « la condition première de tout régime hypothécaire. Elle est essentielle aussi bien dans l'intérêt des tiers futurs, créanciers et acquéreurs, que dans celui du débiteur. En effet, dès qu'il existe sur les biens d'une personne une hypothèque garantissant une créance indéterminée, le crédit de cette personne est ruiné ; alors même qu'elle posséderait des immeubles d'une grande valeur, et que le montant actuel de la créance ne s'élèverait qu'à quelques milliers de francs, un créancier nouveau n'acceptera jamais, sans appréhension, le second rang ; il aura toujours à craindre de voir grossir inopinément la dette garantie par l'hypothèque qui lui est préférable. Les hypothèques à cause indéterminée empêchent de connaître exactement le passif hypothécaire du débiteur à un moment quelconque. Il ne peut pas y avoir de vice plus grave dans l'organisation des hypothèques » (1).

(1) Planiol, *Droit civil*, II, p. 841.

Si, après avoir ainsi indiqué quel devrait être logiquement le système de spécialité quant aux créances garanties, nous examinons maintenant la législation positive, nous voyons que, seules, les hypothèques conventionnelles et judiciaires sont soumises à cette règle nécessaire de la spécialité quant aux créances garanties. L'article 2148 § 4 du Code civil dispose bien, en effet, que, pour opérer l'inscription, le créancier devra fournir au conservateur deux bordereaux, contenant notamment : « le montant du capital des créances exprimées dans le titre ou évaluées par l'inscrivant pour les rentes et prestations, ou pour les droits éventuels, conditionnels ou indéterminés, dans les cas où cette évaluation est ordonnée, comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux et l'époque de l'exigibilité ». Mais cette disposition ne s'applique pas aux hypothèques légales attribuées aux incapables pour la conservation de leur patrimoine.

Les mineurs, les interdits et les femmes mariées, bénéficient d'une garantie réelle sur les biens de leurs tuteurs ou maris, indépendamment même de toute inscription. De là, il résulte que non seulement cette hypothèque n'est pas spécialisée quant aux créances qu'elle garantit, mais que, de plus, le prêteur auquel une hypothèque conventionnelle sera offerte, n'aura aucun moyen de savoir quelle est la valeur de la garantie que son emprunteur est prêt à lui consentir.

Les hypothèques légales dont nous parlons, en effet, sont, à la fois, générales et indéterminées, la créance qu'elles garantissent n'est pas établie, tant que dure l'incapacité ; elle ne le sera qu'au moment de la cessation de cette dernière, soit par l'apurement du compte de tutelle, soit par la liquidation des droits appartenant à la femme mariée au jour de la dissolution du mariage.

Cette créance sera-t-elle considérable ou minime ? C'est la question qui reste en suspens, tant que dure l'incapacité ; autant dire, tant que dure l'hypothèque légale, puisque celle-ci survit bien peu après la disparition de la cause qui l'a fait naître.

De ce défaut de spécialité découlent les conséquences les plus défavorables pour le crédit du tuteur ou du mari. Supposons que ce dernier ait besoin de capitaux ; pour s'en procurer, il aura l'idée toute naturelle d'offrir une hypothèque au capitaliste qu'il sollicite, surtout (et c'est là le cas qui nous intéresse le plus) s'il se trouve propriétaire d'immeubles importants.

Or, malgré cette situation, qui peut être prospère, « tout capitaliste prudent sera naturellement porté à lui refuser l'emprunt demandé, pour cette seule raison que la garantie offerte est pour lui insuffisante, l'incapable devant être désintéressé le premier, sa créance qui est indéterminée et actuellement indéterminable, pourra, au jour du règlement de compte,

se trouver considérable et absorber toute la fortune immobilière du tuteur ou du mari. Or, il peut se faire que la crainte du prêteur ait été vaine, et que la cessation de l'incapacité n'ait fait surgir qu'une créance insignifiante ou nulle ; cela n'empêchera pas que le tuteur ou mari, pleinement solvable, se sera vu refuser du crédit, et qu'il aura subi de ce chef un préjudice immérité par suite de la mauvaise organisation de notre régime hypothécaire » (1).

Le bien fondé de ce raisonnement est certain, et il serait puéril de le contester, puisque, en renversant les termes de l'hypothèque, on en arrive également à un résultat non moins désastreux. Supposons que le capitaliste sollicité ne se laisse pas arrêter par la crainte d'être évincé par le bénéficiaire de l'hypothèque légale, et qu'il prête effectivement le capital demandé. Il est très possible, au jour de l'apurement du compte de tutelle ou de la liquidation des droits et reprises de la femme mariée, que l'hypothèque légale absorbe la valeur des immeubles grevés et que l'hypothèque conventionnelle consentie au prêteur devienne dès lors sans objet.

Le défaut de spécialisation des hypothèques légales quant aux créances garanties conduit nécessairement au dilemme suivant : ou bien on a affaire à un capitaliste conciliant, qui se contente d'une garantie subsi-

(1) Sivan, *La Réforme hypothécaire*, p. 300.

diaire, dont il ne peut apprécier l'importance, et alors il risque de n'avoir qu'une hypothèque sans valeur, ou bien on se trouve en présence d'un prêteur exigeant, qui, considérant la garantie offerte comme insuffisante, refusera de prêter le capital sollicité, et le tuteur ou mari se verra injustement privé du crédit qui lui est nécessaire, alors même qu'il serait parfaitement solvable.

On comprend tout ce que peut avoir de fâcheux une pareille situation dans la marche pratique des affaires. Une bonne législation, au lieu de sacrifier, au gré des circonstances, l'intérêt des capitalistes ou celui des maris ou tuteurs, devrait concilier ces deux intérêts, qui sont, en réalité, solidaires l'un de l'autre, bien qu'en apparence ils apparaissent opposés. Nous aurons bientôt à examiner par quels moyens pratiques on pourrait arriver à effectuer cette conciliation. Retenons pour le moment ceci, à savoir que le défaut de spécialité des hypothèques légales est préjudiciable au crédit des différents intéressés, et qu'il ruine toute l'économie du principe de spécialité établi par l'article 2148, § 4, du Code civil. Toute bonne réforme devra donc commencer par établir d'une façon complète la spécialité des hypothèques quant aux créances garanties.

§ 2. — *Spécialité quant au gage hypothécaire.*

Pour que les différents intéressés dans le contrat d'hypothèque puissent trouver le juste exercice de leurs droits, il faut non seulement que les créances garanties soient déterminées, mais il importe en outre que les immeubles donnés en garantie soient nettement délimités et précisés. Cette spécialité est indispensable, tout d'abord pour le créancier ; elle lui offre plus de garantie, en délimitant l'étendue de son gage et en lui assurant que, sur cette étendue, il est certain de n'être primé par personne.

Avantageuse pour le créancier, la spécialité quant au gage hypothécaire est également très favorable au crédit du débiteur. C'est là une des multiples applications de cette grande loi de la solidarité des intérêts, qui est si féconde au point de vue social. Il est évident, en effet, que le débiteur a tout intérêt à localiser la sûreté réelle qu'il consent ; en agissant ainsi, il se réserve une source de crédit pour l'avenir. Supposons, et le cas n'est pas rare, un propriétaire possédant deux immeubles ; il a tout avantage à ne concéder une hypothèque que sur un seul immeuble, si celui-ci est reconnu suffisant comme garantie par le créancier. Si plus tard, ce même propriétaire vient à avoir besoin à nouveau de cré-

dit, il s'en procurera plus facilement grâce à l'immeuble non grevé qui lui reste. Il est certain, en effet, qu'un capitaliste préférera une première hypothèque sur un seul immeuble à une hypothèque, portant sans doute sur les deux immeubles, mais ne venant qu'en second rang. Le raisonnement est tout particulièrement saisissant, si nous supposons que la première hypothèque est indéterminée quant aux créances garanties, ce qui a lieu pratiquement, lorsqu'on est en présence de nos hypothèques légales. Comme le remarque très justement M. Ch. Dupuis, « quelle que soit la fortune de celui qui emprunte, le prêteur n'a pas de sécurité complète, s'il est exposé à partager en concours avec d'autres créanciers un actif inférieur au passif de son débiteur. Ses risques deviennent moindres, si certains biens sont spécialement et exclusivement affectés à la garantie de sa créance, le seul danger à courir en pareil cas est le danger de perte ou de dépréciation de ces biens; lorsque ces biens sont des immeubles, le danger est minime » (1). Une bonne législation hypothécaire devrait donc comporter une application rigoureuse du principe de spécialité du gage ainsi constitué en garantie réelle, et l'on comprend facilement, sans qu'il soit besoin d'insister davan-

(1) *Dictionnaire d'Économie Politique*, article de Ch. Dupuis sur le prêt hypothécaire.

tage, qu'une semblable règle ne saurait logiquement comporter d'exception.

Le principe étant ainsi dégagé et mis en lumière, nous allons voir quelle application en a été faite par le législateur de 1804. Et pour cela nous examinerons successivement l'hypothèque conventionnelle, l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque légale.

Pour l'hypothèque conventionnelle tout d'abord, la règle est posée par l'article 2129 dans les termes suivants : « Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles, actuellement appartenant au débiteur sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. Chacun de tous ces biens présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque. Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués. » Il semble donc bien que le législateur, en écrivant l'article 2129, ait compris l'impérieuse nécessité, pour la bonne marche du crédit, de la spécialisation du gage hypothécaire, et cependant, il est permis d'en douter, quand on lit ensuite l'article suivant. Les rédacteurs du Code, en effet, regrettant, en quelque sorte, la règle qu'ils venaient d'édicter, se sont empressés d'ajouter un article 2130, qui enlève toute valeur pratique au principe posé par l'article 2129. L'article 2130, est en effet, ainsi

conçu : « Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté à mesure des acquisitions. »

Nous prétendons qu'une pareille latitude ruine le principe de l'article 2129, et qu'elle constitue un retour pur et simple à la généralité des hypothèques. Sans doute, le texte légal paraît assez restrictif, puisqu'il subordonne le droit d'hypothéquer les biens à venir à une triple condition, savoir : 1° que les biens présents aient tous été hypothéqués ; 2° que ces biens présents soient insuffisants ; 3° que leur insuffisance ait été exprimée dans le contrat. Mais en examinant d'un peu près ces trois conditions, il est facile de voir qu'en fait le législateur permet le retour à la généralité, toutes les fois que les parties le désirent, de telle sorte que son système, suivant la remarque fort juste de M. Planiol, peut parfaitement se résumer ainsi :

« Art. 1^{er}. — L'hypothèque des biens à venir est défendue.

« Art. 2. — Elle est permise toutes les fois que le créancier en a besoin ». En effet, les immeubles n'ont pas une valeur fixe ; ils ne sont pas cotés comme des valeurs de bourse ; leur prix de vente dépend des circonstances indéfiniment variées, dont

la plupart ne peuvent pas être prévues. Rien n'empêche donc les parties, toutes les fois que le gage hypothécaire n'est pas hors de proportion avec la dette, de déclarer qu'il est insuffisant, et de constituer une hypothèque sur les biens à venir du débiteur ; personne n'a qualité pour contrôler leur assertion, et personne n'a les moyens de le faire (1). »

Mais il y a plus : en supposant même que l'exception introduite par l'article 2130 ne serve que pour le seul cas de gêne momentanée du débiteur, elle n'en est pas moins, même dans cette limite, très critiquable. Le remède qu'elle prétend apporter est plus fâcheux que le mal lui-même, puisqu'il substitue à une gêne passagère, une gêne beaucoup plus longue et beaucoup plus difficile à faire cesser.

Il faut bien remarquer, en effet, que par suite de cette hypothèque subsidiaire sur les biens à venir, tous les immeubles du débiteur, dès le jour même de leur acquisition, vont se trouver grevés d'hypothèque dans leur totalité, alors qu'une seule partie aurait pu largement suffire à la garantie du créancier. Le débiteur se trouve entièrement lié pour l'avenir ; s'il veut emprunter à nouveau, il lui faudra commencer par désintéresser le premier créancier ; s'il veut vendre, ses acquéreurs seront dans la nécessité de purger, et les frais et les complications de la

(1) Planiol, t. II, p. 875.

purge des hypothèques, telle qu'elle est organisée à l'heure actuelle, ne sont pas de nature à faciliter l'aliénation de ses immeubles, alors même qu'elle serait tout à fait désirable pour le débiteur.

Concluons donc, en reconnaissant que l'exception apportée par l'article 2130 à la règle de la spécialité, quant au gage hypothécaire, non seulement constitue un retour pur et simple à la généralité et par voie de conséquence à tous les inconvénients qui y sont inhérents, mais, en outre, qu'elle constitue une entrave au développement du crédit et à la libre circulation des biens, qui sont les deux facteurs essentiels de tout progrès.

Du reste, cette exception apportée à la règle de la spécialité n'est pas la seule que les rédacteurs du Code civil ont cru devoir admettre en matière d'hypothèque conventionnelle. L'article 2131 dispose en effet que « pareillement, en cas que l'immeuble ou « les immeubles présents assujettis à l'hypothèque « eussent péri ou éprouvé des dégradations, de ma- « nière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la « sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre « dès à présent son remboursement ou obtenir un « supplément d'hypothèque. » Tout en reconnaissant que l'extension de l'hypothèque ne présente pas ici tous les dangers que nous signalions dans l'hypothèse précédente, il faut néanmoins constater qu'il y a là une possibilité de retour à la généralité, et, sur ce

point, nous ne pouvons que confirmer toutes les critiques que nous faisons précédemment.

Si, après avoir ainsi étudié l'hypothèque conventionnelle, nous examinons maintenant l'hypothèque judiciaire et les hypothèques légales, nous voyons immédiatement que le principe est inverse, que la généralité est la règle et la spécialité l'exception. L'article 2148 spécifie dans son paragraphe cinquième que tout bordereau d'inscription devra contenir : « l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels, il (le créancier) entend conserver son privilège ou son hypothèque » ; puis il ajoute immédiatement : « que cette dernière disposition n'est pas nécessaire dans le cas des hypothèques légales ou judiciaires ; à défaut de convention, une seule inscription pour ces hypothèques frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau ».

En pratique c'est cet article 2148 *in fine* qui forme le droit commun, car il n'intervient jamais de convention qui limite l'étendue de son application, si bien, qu'en fait, toutes les hypothèques légales et judiciaires sont générales quant au gage sur lequel elles reposent.

Une autre hypothèque légale présente également ce caractère de généralité, c'est celle de l'État et des établissements publics qui porte sur tous les immeubles des receveurs et administrateurs comptables qui

leur appartenaient lors de leur nomination et sur tous ceux qui leur sont advenus depuis (1).

Le caractère de généralité de ces hypothèques engendre les plus graves inconvénients au point de vue pratique. Pour éviter des répétitions inutiles, nous allons, pour le prouver, prendre comme exemple, l'hypothèque légale de la femme mariée, en nous contentant de remarquer que les mêmes inconvénients s'appliquent également, non seulement aux autres hypothèques légales, mais encore à toutes les hypothèques judiciaires.

Si l'on examine les rapports des époux au point de vue de la garantie pécuniaire que peut trouver la femme dans la fortune de son mari, trois hypothèses seulement sont possibles : on peut supposer que la fortune du mari est surtout immobilière, ou bien, hypothèse inverse, on peut raisonner comme si la fortune du mari était en plus grande partie mobilière ; enfin on peut envisager le cas où la fortune du mari serait composée d'une façon à peu près égale de meubles et d'immeubles. En examinant ainsi successivement ces trois hypothèses au point de vue de la question qui nous occupe, nous serons sûr ainsi d'être complet.

(1) Il y a lieu de noter en outre que la loi du 5 septembre 1807 (art. 4 et 5) grève d'un privilège au profit de l'État tous les immeubles que le comptable ou sa femme, même séparée de biens, a acquis à titre onéreux depuis sa nomination.

Le premier cas que nous indiquons, à savoir que la fortune du mari serait surtout immobilière, devient de plus en plus rare de nos jours, avec le développement considérable de la fortune mobilière ; cependant il se présente encore pratiquement, notamment dans certaines régions rurales où l'on a traditionnellement conservé les anciennes idées sur la supériorité (comme sûreté et garantie) de la fortune immobilière. Dans ce cas tout spécialement, le caractère de généralité de l'hypothèque légale est particulièrement fâcheux pour le crédit du mari ; il résulte, en effet, de cette généralité, que l'hypothèque légale devient trop vaste, trop étendue pour les créances éventuelles qu'elle est destinée à garantir. Comme on l'a remarqué très justement :

« Les immeubles du mari seront frappés d'une sorte d'interdit ; ils ne circuleront plus (et cela au désavantage de tous) avec autant de facilité dans le mouvement général des transactions ; ils ne seront plus pour le mari qu'un instrument de crédit déprécié et amoindri. »

Dans cette hypothèse, on voit donc que le crédit du mari est sacrifié, abusivement du reste, au profit de la femme.

Examinons maintenant le cas beaucoup plus fréquent et beaucoup plus pratique, dans lequel la fortune du mari est surtout mobilière. Il n'est pas excessif de dire que pour la grande majorité de la

population urbaine, c'est là une règle qui ne souffre que de rares exceptions. Combien peu de maris parisiens, même dans l'aisance, sont propriétaires fonciers ! Or, dans cette hypothèse, la soi-disant garantie donnée par l'hypothèque légale à la femme mariée devient purement illusoire. Le mari n'ayant qu'une fortune mobilière, la femme n'aura aucun moyen de se garantir ; même en supposant que la fortune de son conjoint soit considérable, que lui importe pour elle d'avoir une hypothèque, même générale, puisque le gage sur lequel cette hypothèque repose est nul ou notoirement insuffisant ? Ici, il faut le reconnaître loyalement, nous touchons à un vice de notre législation, plus grave encore que celui de la généralité, puisqu'il s'applique au principe même de la garantie purement immobilière donnée aux incapables. Il ne faut pas, en effet, se dissimuler à quel point notre législation hypothécaire actuelle est en discordance avec la situation économique d'aujourd'hui, si différente de celle de l'époque de la rédaction de notre Code civil. Gardons-nous bien ici d'en faire grief aux Portalis, Tronchet, Malville, Bigot de Préameneu, ainsi qu'à toute cette phalange d'excellents théoriciens et praticiens, qui, en 1804, ont réalisé cette œuvre de cohésion et d'unité législative si désirable. A cette époque, en effet, il n'y avait pas de garanties vraiment sérieuses en dehors des garanties foncières, et le législateur

ne pouvait alors prévoir le développement considérable atteint par la fortune mobilière pendant tout le cours du dix-neuvième siècle.

Mais aujourd'hui que les actions et les obligations constituent l'une des parties des plus importantes et des plus productives de la richesse nationale, il est illogique de ne donner à la femme aucune garantie contre son mari, lorsque la fortune de ce dernier est uniquement ou presque complètement mobilière. Nous touchons ici à une injustice certaine que conserve notre législation. Dans le cas précédent, c'était le crédit du mari qui était sacrifié ; ici c'est la sauvegarde de la femme, qui est compromise. Une bonne législation devrait faire la part égale dans tous les cas, et ne pas sacrifier ainsi, au hasard de la consistance des fortunes, le crédit du mari à la garantie de la femme, ni réciproquement la garantie de la femme au crédit du mari.

Condamnable dans les deux cas que nous venons d'examiner, notre législation hypothécaire n'est pas moins critiquable dans la troisième hypothèse qu'il nous reste à étudier. Il s'agit, on se le rappelle, du cas où la fortune du mari est composée d'une façon à peu près égale de meubles et d'immeubles. Dans ce cas encore, l'hypothèque légale, nécessairement générale, ne proportionne en aucune façon le gage hypothécaire à la valeur de la créance garantie. Or, on peut dire que, toutes les fois que cette proportion

n'est pas assurée, la législation hypothécaire est mauvaise. En effet, pour que, d'une part, la garantie du prêteur soit sérieuse, et que, d'autre part, le crédit de l'emprunteur soit sauvegardé pour l'avenir, il faut que le gage hypothécaire corresponde aussi exactement que possible à la valeur de la créance qu'il s'agit de garantir.

Cette proportion n'existe en aucune façon pour les hypothèques légales (ou si on la rencontre par hasard, elle est purement fortuite et temporaire), puisque, quelle que soit d'une part l'importance des créances, ou d'autre part, la valeur des immeubles grevés, l'hypothèque est, dans tous les cas, générale. De ce manque de proportion, il résulte une série de conséquences, qui sont tout aussi néfastes pour l'intérêt de la femme que pour celui du mari. Ce dernier ne peut plus vendre facilement ses immeubles ou il ne peut le faire qu'à des conditions désavantageuses, en raison des frais de la purge ; d'autre part, il trouvera difficilement du crédit, les prêteurs étant en général, peu disposés à se contenter d'une hypothèque en second rang, surtout, lorsque, ce qui est ici le cas, la créance garantie par la première hypothèque est indéterminée.

Pour remédier à cet état de choses, on a presque toujours recours en pratique au moyen suivant : la femme cède sa garantie réelle au créancier, qu'elle subroge dans ses droits ; de cette façon le crédit du

mari est sauvegardé ; mais ajoutons, tout de suite, que le sacrifice de l'intérêt de la femme est la rançon de l'avantage retrouvé par le mari. Nous sommes toujours en face du même dilemme, dont l'un des termes s'est encore aggravé ; ce n'est plus seulement une partie, mais la totalité de la garantie nécessaire à la femme, qui se trouve ici sacrifiée. Cette critique, du reste, a été très justement faite, notamment par un de nos civilistes les plus distingués, le regretté M. Bufnoir, qui le constatait de la façon suivante à la séance du 9 juillet 1891 de la sous-commission juridique du cadastre : « Je laisse de côté, disait-il, le caractère occulte de l'hypothèque, je prends seulement son caractère de généralité, et je me demande quels ont été les résultats pratiques de cette hypothèque légale de la femme mariée. Eh bien ! à cet égard, je crois que les hommes pratiques qui se trouvent dans cette commission, seront de mon avis. Pour toute femme qui n'est pas mariée sous le régime dotal, le résultat le plus clair de l'hypothèque légale est que la femme est ruinée, toutes les fois que le mari se ruine (1). »

Nous en aurons terminé sur ce point, en remarquant que l'hypothèque légale de la femme mariée n'est pas la seule générale, mais qu'il en est de même, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, des

(1) *Procès verbaux du cadastre*, fasc. II. p. 258.

hypothèques légales du mineur et de l'interdit et de l'hypothèque judiciaire. Pour celle-ci, il serait facile de reprendre le même raisonnement et de montrer que (sauf ce qui est spécial aux cessions et subrogations) la généralité du gage hypothécaire est aussi préjudiciable au crédit du débiteur grevé que l'hypothèque légale de la femme mariée à celui du mari. Nous pensons nous être suffisamment étendu sur ce point pour pouvoir nous contenter ici d'un simple renvoi.

CHAPITRE II

ORIGINE DU PRINCIPE DE LA SPÉCIALITÉ

L'admission du principe de la spécialité, avec les nombreuses exceptions adoptées par le Code, ne peut s'expliquer qu'historiquement. L'organisation actuelle, en effet, est une sorte de compromis, ou, si l'on préfère, une cote mal taillée entre deux systèmes radicalement opposés : le système de l'ancien droit et celui du droit intermédiaire qui, en 1804, comptaient l'un et l'autre d'ardents partisans. Nous allons avoir à examiner successivement chacun de ces deux systèmes.

§ 1^{er}. — *Système de l'ancien droit.*

Le principe de la spécialité est, en effet, une règle moderne correspondant aux nécessités d'un état économique nouveau, règle dont le besoin ne s'était jamais fait sentir d'une façon véritablement impérieuse

pendant toute la période de l'ancien droit. Antérieurement à 1789, en effet, la fortune immobilière était en quelque sorte immobilisée entre les mains de deux classes relativement peu nombreuses : le clergé et la noblesse. Pour la première, peu importaient toutes les entraves que pouvait apporter le régime hypothécaire aux facilités d'aliénation des biens ou d'acquisition de crédit ; on sait en effet que l'Église, qui acquérait toujours, n'aliénait jamais, et que ses ressources étaient suffisamment nombreuses et abondantes pour la dispenser d'avoir recours aux différents moyens de crédit. Quant à la noblesse, sans avoir la même puissance économique que l'Église, l'application rigoureuse en matière immobilière de la règle du droit d'ainesse assurait d'une façon à peu près générale l'immutabilité de la propriété dans les mêmes mains.

C'est ce qui explique pourquoi l'ancien droit avait conservé à l'hypothèque le caractère occulte et général dont elle avait été dotée par la législation romaine. L'hypothèque qui, du reste, en droit romain, pouvait tout aussi bien porter sur les meubles que sur les immeubles, n'était, en principe, ni publiée, ni spécialisée ; sans doute, il était possible de délimiter l'étendue du gage hypothécaire, mais on laissait aux créanciers le droit d'exiger, ce qu'en pratique ils ne manquaient guère de faire, que le patrimoine du débiteur fût affecté en entier à la garantie

de leur créancier ; l'hypothèque n'était dans aucun cas publiée.

Notre ancien droit adopta en principe la législation romaine. Le défaut de spécialité fut, du reste, singulièrement aggravé par ce fait qu'il était admis que tout acte notarié constatant une obligation emportait de plein droit hypothèque générale sur les biens présents et à venir du débiteur, et cela « quand bien même, comme le remarque Pothier, la convention d'hypothèque ne serait pas exprimée, parce qu'étant d'usage dans ces actes, elle y est sous-entendue suivant la maxime : *In contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis* ».

Tel était le système le plus généralement admis dans notre ancienne France. Sans doute, dans certains pays du Nord, appelés « pays de saisie et de nantissement », on utilisait, en principe tout au moins, la double voie de la publicité et de la spécialité ; les constitutions d'hypothèque, ainsi que l'étendue du gage hypothécaire, devaient être inscrites sur un registre *ad hoc*. Mais cette organisation était purement locale et exceptionnelle. Sans doute, Colbert, par l'édit de 1673, essaya bien de généraliser cette organisation au reste de la France, mais il dut lui-même renoncer à l'application de cette réforme en présence de la résistance de toute la noblesse française, qui ne pouvait supporter de voir ainsi révéler aux yeux de tous l'état obéré de la plupart des

grandes fortunes, situation qui n'avait d'autres causes que le luxe excessif et le départ à la cour des grands propriétaires fonciers. Plus tard, le chancelier d'Aguesseau essaya de reprendre la même réforme, mais il se heurta à la même résistance, et il ne put aboutir à aucun résultat pratiquement appréciable.

Cet état de choses aurait pu se perpétuer longtemps encore, si la Révolution n'était venue renverser brusquement toutes les barrières qui assuraient l'immutabilité de la propriété dans l'ancien droit, et créer ainsi un état économique nouveau nécessitant une organisation législative, en concordance avec ce nouveau régime.

§ 2. — *Système du droit intermédiaire.*

L'œuvre accomplie par le droit intermédiaire en notre matière, est extrêmement intéressante et entièrement originale. La Convention, en effet, comprit bien vite que le principe de la liberté des conventions qu'elle venait de proclamer, resterait lettre morte en matière immobilière, si elle ne faisait pas disparaître toutes les entraves au crédit et à la facilité des transactions consacrées par la législation hypothécaire de l'ancien droit.

Le premier essai de réforme fut réalisé par la loi

du 9 messidor de l'an III, qui, en dehors de la création fort intéressante mais étrangère à notre sujet de la cédule hypothécaire, vint poser le double principe de la publicité et de la spécialité des hypothèques, et qui, pour en permettre l'application pratique institua une conservation hypothécaire dans chaque district. L'hypothèque légale disparaît. La spécialité quant à la créance garantie est assurée d'une façon rigoureuse (1), mais la généralité subsiste quant au gage hypothécaire.

Du reste, pour connaître l'œuvre véritablement définitive du droit hypothécaire, c'est à la célèbre loi du 11 brumaire de l'an VII qu'il faut avant tout se reporter. Le double principe que nous indiquions précédemment s'y trouve à nouveau formellement posé : pour qu'une hypothèque puisse être valable à l'encontre des tiers, il faut qu'elle soit inscrite sur le registre du conservateur des hypothèques de l'arrondissement dans lequel se trouve situé l'immeuble. Par suite de cette règle, qui ne souffre aucune exception, la publicité se trouve assurée d'une façon complète. Quant à la spécialité, elle est également consacrée, mais cette fois sous son double aspect : pour les créances garanties, tout d'abord l'inscription doit contenir la mention exacte de la somme pour laquelle l'hypothèque est prise ; quant au gage hypothécaire,

(1) Loi du 9 messidor an III, art. 16.

la loi de brumaire en assure également la spécialité en imposant, dans l'inscription même, la détermination exacte de l'immeuble ou des immeubles qu'on se propose d'affecter à l'hypothèque (1) ; pour éviter que les parties ne puissent faire échec à la loi il était décidé que l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque judiciaire ne pourraient jamais porter que sur les biens présents, et que pour être atteint par la garantie réelle chacun des immeubles devait être désigné spécialement (2). Seule, par une unique dérogation à la règle de la spécialité, l'hypothèque légale pouvait être générale (3).

Si donc l'on veut savoir quelle est l'origine directe du principe de la spécialité des hypothèques, c'est à cette loi de brumaire an VII, qu'il faut se reporter. Mais alors une question se pose immédiatement : pourquoi le législateur de 1804 n'a-t-il pas adopté purement et simplement cette législation beaucoup plus parfaite et plus en harmonie avec le nouvel état économique ?

Pour pouvoir résoudre cette question, il faut se rappeler quel était l'état d'esprit du législateur au moment de la rédaction du Code civil. On considérait que le droit intermédiaire avait dépassé la mesure dans la voie des réformes, et tout en estimant, qu'il y

(1) Art. 3 et 4 de la loi du 11 brumaire an VII.

(2) Art. 27 de la même loi.

(3) Art. 21 de la même loi.

avait lieu, pour certains points, de modifier et d'améliorer l'ancien droit, on se proposait avant tout de faire une œuvre transactionnelle, tenant le juste milieu, disait-on, entre les réformes trop audacieuses tentées depuis 1789 et les règles par trop surannées de l'ancien droit.

On comprend qu'examinée avec cet esprit, l'organisation hypothécaire établie par la loi de brumaire devait paraître pour beaucoup véritablement révolutionnaire. Aussi quand, au cours de l'année 1803, le projet de Code civil fut soumis aux tribunaux, ceux-ci, composés en grande partie de magistrats de l'ancien régime, se prononcèrent nettement, à l'exception de neuf tribunaux d'appel, pour la suppression du système de la loi de brumaire. Du reste, la commission chargée de la rédaction du projet du Code n'était pas moins hostile à la spécialité des hypothèques ; Tronchet, Bigot de Preameneu et surtout Portalis, se déclaraient partisans du système de l'ancien droit (1).

Dans le Conseil d'État, au contraire, où les idées nouvelles rencontraient moins d'opposition, la section de législation était en majorité composée de partisans du système du droit intermédiaire. Ces derniers l'emportèrent, grâce à l'intervention énergique et très clairvoyante du premier consul (2).

(1) Loqué, *Travaux préparatoires*, chap. xvi, p. 407 et suiv.

(2) *Texte des rapports au Conseil d'État dans Fenét*, xv, p. 223.

En réponse aux membres de la Commission qui prétendaient que le système de l'ancien droit était le plus simple puisqu'il ne nécessitait aucune inscription ni détermination, le premier consul réfuta l'objection de la façon suivante : « Depuis que j'entends discuter le Code civil, leur dit-il, je me suis souvent aperçu que la trop grande simplicité dans la législation est l'ennemie de la propriété. On ne peut rendre les lois extrêmement simples sans couper le nœud plutôt que de le délier et sans livrer beaucoup de choses à l'incertitude de l'arbitraire (1). »

Grâce à cette intervention, le principe de la publicité et de la spécialité dut enfin être adopté, sous certaines réserves cependant. On chargea l'un des partisans les plus convaincus du système du droit intermédiaire, Teilhaud, de rédiger un nouveau projet. Ce dernier devait nécessairement donner satisfaction dans la mesure du possible et ce, sous peine d'un échec certain, à la double tendance que nous venons de signaler. Le Conseil d'État, en effet, avait décidé, tout en adoptant, en principe, la publicité et la spécialité, de conserver à la fois la généralité et le caractère occulte des hypothèques légales, et la généralité seulement, en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire. Par contre, par un manque de logique bien caractéristique de la dualité des deux systèmes en

(1) Cité dans Aubry et Rau, 4^e édit., t. III, p. 422.

présence, il était décidé que l'on inciterait, autant que faire se pourrait, les créanciers intéressés ou leurs représentants autorisés, à faire inscrire eux-mêmes leur hypothèque légale.

C'est ce troisième projet de Teilhard qui est devenu le titre XVIII de notre Code, consacré aux privilèges et hypothèques. Maintenant que nous savons de quelle façon il fut rédigé, nous comprenons toutes les indécisions et toutes les lacunes qu'il présente au sujet de la mise en œuvre du principe de la spécialité qui, seul, nous intéresse ici.

Il nous a paru qu'après avoir exposé dans son ensemble le principe de la spécialité et les exceptions qu'il comporte, il était indispensable, pour en bien comprendre l'étendue et la portée, d'en rechercher l'origine et le mode d'instruction dans notre législation. Ce double point étant acquis, nous pourrions étudier quels remèdes ont été apportés à la généralité des hypothèques tant par le Code lui-même que par les différentes lois qui y ont opéré des modifications. Nous nous efforcerons de déterminer si ces différents palliatifs sont suffisants, et dans la négative, nous aurons à rechercher quelle réforme pratique serait susceptible de donner aux différentes parties intéressées dans le contrat d'hypothèque toutes les garanties désirables tout en sauvegardant l'intérêt légitime des différents titulaires tant de l'hypothèque légale que de l'hypothèque judiciaire.

CHAPITRE III

REMÈDES APPORTÉS A LA GÉNÉRALITÉ DES HYPOTHÈQUES ET LEUR INSUFFISANCE

Les remèdes à la généralité des hypothèques ont été apportés tant par le Code civil lui-même que par les différentes lois qui l'ont successivement modifiée. Notre étude se divise donc tout naturellement en deux parties : 1^o remèdes apportés par le Code civil ; 2^o remèdes apportés par les lois postérieures.

§ 1^{er}. — *Remèdes apportés par le Code civil lui-même.*

Les rédacteurs du Code civil comprenant bien eux-mêmes les inconvénients pratiques de la généralité des hypothèques avaient imaginé différents tempéraments, que nous allons successivement examiner, en commençant par les hypothèques légales pour finir par l'hypothèque judiciaire.

Pour l'hypothèque légale tout d'abord, le meilleur moyen de la spécialiser serait de la faire inscrire. Le législateur de 1804 l'avait bien compris ; — aussi, tout en déclarant que l'hypothèque légale pouvait valablement rester occulte, avait-il apporté quelques palliatifs à cette clandestinité légale établie par lui. La publicité étant ici un moyen d'aboutir à la spécialité, nous allons examiner rapidement comment l'inscription de l'hypothèque légale pouvait être réalisée d'après le Code civil de 1804.

Pour que les tiers puissent connaître l'existence de l'hypothèque légale, le législateur a eu recours à deux moyens, savoir : l'obligation pour certaines personnes de prendre inscription, et le bénéfice d'une purge spéciale permettant à l'acquéreur de faire apparaître les hypothèques légales non inscrites et de pouvoir se libérer valablement de son prix.

Le premier de ces deux moyens paraît être le meilleur, puisqu'il est préventif. Malheureusement, le législateur est venu lui enlever tout intérêt pratique, en décidant que, même à défaut d'inscription, l'incapable continue à bénéficier de l'hypothèque légale. Cette disposition enlève aux proches de l'incapable tout motif et tout désir de remplir une mesure qu'ils savent ne devoir profiter qu'aux tiers. Aussi, en fait, les personnes chargées de prendre inscription — mari, tuteur, subrogé-tuteur

ou ministère public — se dérobent presque toujours à cette obligation.

Tout d'abord, pour les maris ou tuteurs, aucun délai n'est imparti. Mais, s'ils ont laissé prendre inscription par un tiers, sans lui avoir révélé l'existence de l'hypothèque légale, la loi les déclare stellionnaires et susceptibles, de ce chef, d'être contraignables, par corps (1). L'article 2136 paraît à cet égard très formel : « Sont toutefois les maris et les tuteurs tenus de rendre publiques les hypothèques, dont leurs biens sont grevés et, à cet effet, de requérir eux-mêmes, sans aucun délai, inscription aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux appartenant et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite. Les maris et tuteurs qui, ayant manqué de requérir et de faire faire les inscriptions ordonnées, par le présent article, auraient consenti ou laissé prendre des privilèges et des hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que les dits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, seront réputés stellionnaires et comme tels contraignables par corps. » Or, malgré les termes de cet article 2136, qui paraissent

(1) Art. 2059. « La contrainte par corps a lieu en matière civile pour le stellionat ; — il y a stellionat, lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire, lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés. »

si précis et si rigoureux, la prescription légale est restée en pratique à peu près lettre morte. En effet, jusqu'en 1867, les tribunaux n'ont jamais appliqué sérieusement la sanction du stellionat, à cause de sa gravité même, et depuis la loi du 22 juillet 1867, qui est venue supprimer la contrainte par corps en matière civile, la règle de l'article 2136 est sans aucune sanction ; autant dire qu'elle n'existe pas. Quant aux subrogés tuteurs, au ministère public et *a fortiori* aux parents des incapables, qui sont simplement autorisés à requérir l'inscription, il est à peine utile de remarquer qu'ils s'empressent d'imiter les tuteurs ou maris dans leur inaction, estimant n'être pas plus tenus que le principal obligé (1).

Connaissant maintenant la valeur du premier moyen, préconisé par le code, nous devons apprécier celle du second moyen qui consiste, comme on le sait, dans la purge des hypothèques légales. Rappelons-en rapidement le principe. L'acquéreur, après avoir fait transcrire son titre, doit le porter à la connaissance des intéressés par le dépôt au greffe de la copie de son contrat, et, par la signification de ce

(1) Cependant la jurisprudence récente a plusieurs fois condamné le tuteur et le subrogé-tuteur à des dommages-intérêts pour défaut d'inscription. (Cass., 19 janvier 1892, D. 93, 137, et 12 décembre 1898, D. 99, 1, 305.) Mais en pratique beaucoup, parmi les tiers même lésés, hésitent à intenter des poursuites parfois longues et toujours coûteuses.

dépôt, au procureur de la République et aux parties intéressées, et ce, soit individuellement, soit par voie d'insertion dans les journaux. Un extrait de la copie du contrat doit être affiché dans l'auditoire du tribunal pendant deux mois. Si à l'expiration de ce délai aucune inscription n'a été prise, les hypothèques légales qui pourraient exister sont désormais purgées ; si, au contraire, une ou plusieurs inscriptions sont prises, deux cas sont alors à envisager : ou bien la purge aura révélé des créances antérieures au mariage ou à la tutelle, et l'acquéreur paiera son prix à ces créanciers, ou bien, les hypothèques légales seront antérieures, et l'acquéreur alors gardera son prix, ou le consignera (1)

Telle est dans ses grandes lignes l'organisation de la purge des hypothèques légales. Remarquons tout de suite que ce n'est qu'un moyen indirect d'arriver à la spécialité, puisque c'est un remède qui n'intervient qu'après coup. De plus, cette purge est trop coûteuse pour être pratique ; il suffit de consulter les états de frais des avoués pour constater que pour les ventes de 500 francs et au-dessous, qui sont (il ne faut pas l'oublier) les plus nombreuses (puisque d'après les statistiques les plus récentes, elles s'élèvent annuellement à plus de 300,000), le coût de la purge ne s'élève jamais à moins de 150 francs,

(1) Voir articles 2193 à 2195.

ce qui est tout à fait hors de proportion avec l'immeuble vendu (1). Aussi, en fait, on préfère se passer d'un remède aussi coûteux. La critique de la purge des hypothèques légales n'est plus à faire ; la meilleure preuve, du reste, qu'elle ne correspond plus avec notre situation économique actuelle, c'est que l'État lui-même, moins de vingt ans après la promulgation du code, a cru devoir s'en dispenser par la loi du 27 juillet 1821, qui transforme les hypothèques en simples droits de créance sur le montant de l'indemnité, et ce, par le simple prononcé du jugement d'expropriation.

Une autre preuve encore que l'organisation de cette purge légale est défectueuse, c'est que, dès 1852, par une loi du 18 février, on s'est trouvé dans l'obligation, pour assurer une garantie véritable et pratique au Crédit foncier, d'organiser à son profit une purge spéciale plus rapide et moins coûteuse.

En présence de pareilles constatations, il nous semble que nous n'avons pas à insister davantage pour montrer l'insuffisance des moyens indirects employés par le code pour remédier à la généralité des hypothèques. Du reste, les autres moyens directs préconisés par lui ne sont ni plus efficaces, ni plus satisfaisants. Ces moyens consistent dans la procé-

(1) Voir Flour de Saint-Genis, *Le Crédit territorial et la Réforme hypothécaire*, p. 160 et suiv.

de réduction établie par les articles 2143 et suivants qui en fixent les règles de la façon suivante :

Art. 2143. — « Lorsque l'hypothèque n'aura pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur, celui-ci pourra, dans le cas où l'hypothèque générale sur ses immeubles excéderait notoirement les sûretés suffisantes pour sa gestion, demander que cette hypothèque soit restreinte aux immeubles suffisants pour opérer une pleine garantie en faveur du mineur. La demande sera formée contre le subrogé-tuteur, et elle devra être précédée d'un avis du conseil de famille. »

Art. 2144. — « Pourra pareillement le mari, du consentement de sa femme et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parents d'icelle, réunis en assemblée de famille, demander que l'hypothèque générale sur tous ses immeubles, pour raison de la dot, des reprises et conventions matrimoniales, soit restreinte aux immeubles suffisants pour la conservation entière des droits de la femme.

Art. 2145. — « Les jugements sur les demandes des maris et des tuteurs ne seront rendus qu'après avoir entendu le procureur du roi et contradictoirement avec lui. Dans le cas où le tribunal prononcera la réduction de l'hypothèque à certains immeubles, les inscriptions prises sur tous les autres seront rayées. »

Comme on le voit, la réduction des hypothèques légales ne peut être obtenue que judiciairement. En d'autres termes, il faut, pour la réaliser, accomplir toute une série de formalités et avancer les frais d'une instance, dont le résultat est toujours douteux. Aussi, en pratique, on se sert bien rarement de cette action en réduction. Spécialement pour l'hypothèque légale de la femme mariée, on préfère recourir à une cession ou à une renonciation beaucoup moins coûteuse que la réduction.

Enfin, à supposer même que le recours à l'action en réduction des hypothèques légales soit plus fréquent, le résultat pratique n'en serait pas moins insuffisant, puisque la spécialité quant aux créances garanties manquerait toujours, et nous savons que c'est là le principe même de toute organisation satisfaisante du régime hypothécaire.

Enfin, si, après avoir apprécié l'action en réduction de l'hypothèque légale, nous examinons maintenant l'action en réduction de l'hypothèque judiciaire, unique remède préconisé par le Code en cette matière, nous constatons que ce remède est encore plus défectueux que les précédents. Comme on l'a remarqué fort justement, « la procédure de réduction de l'hypothèque judiciaire est tellement longue et tellement coûteuse que le débiteur intéressé préfère encore subir les inconvénients de la généralité plutôt que de faire appel à un remède qu'il n'est pas excès-

sif de considérer comme pire que le mal. On ne peut vraiment pas blâmer les débiteurs malheureux de ne pas profiter d'une pareille action pour garantir leur crédit, et cela d'autant mieux qu'il faut se rappeler qu'il suffirait d'une nouvelle hypothèque judiciaire pour mettre à néant un résultat si longuement et si péniblement obtenu » (1).

L'exercice de l'action en réduction des hypothèques judiciaires est, en effet, particulièrement long et difficile. C'est ainsi notamment que nous avons trouvé la trace d'une action en réduction commencée en 1885 qui ne s'est terminée que postérieurement à un arrêt de cassation du 15 avril 1889. Cet exemple est plus concluant, à lui seul, que bien des raisonnements, pour nous permettre de dire que l'action en réduction de l'hypothèque judiciaire est un palliatif insuffisant pour remédier aux inconvénients de la généralité et pour assurer la facilité des transactions ainsi que le plein développement du crédit.

Nous en avons ainsi terminé avec les remèdes préconisés par le Code ; nous avons maintenant à étudier ceux qui ont été mis en œuvre par les lois postérieures ; c'est ce qui doit faire l'objet de notre paragraphe second.

(1) P. Sivan, *op. cit.*, p. 248.

§ 2. — *Remèdes apportés à la généralité par les lois postérieures au Code civil.*

Dès les premières années du Code civil, la pratique montra les multiples inconvénients du système hypothécaire de 1804. Aussi on eut l'idée toute naturelle de proposer différentes mesures pour y remédier. On peut affirmer, en effet, sans être taxé d'exagération, que depuis sa promulgation, notre législation hypothécaire n'a cessé d'être combattue et critiquée. Depuis plus d'un siècle, de nombreux projets ont été déposés pour son remaniement ; des travaux considérables ont été faits sur ce point ; mais il faut bien reconnaître que tous les efforts qui ont été faits ont abouti pratiquement à des résultats bien modestes. Des réformes de détail seules ont été accomplies, et l'on n'est pas encore arrivé à généraliser d'une façon complète le système de la spécialité, qui est la condition essentielle, comme nous avons tenu à le montrer au début même de cette étude, de toute bonne législation hypothécaire.

L'énumération rapide des différentes lois promulguées en cette matière depuis plus d'un siècle suffit, à elle seule, pour montrer le bien fondé de notre assertion. La première de ces lois date du 3 septembre 1807 ; elle a pour but de défendre à tout

créancier d'inscrire avant l'échéance de sa créance l'hypothèque judiciaire obtenue à la suite d'une vérification d'écriture. Cette réforme heureuse qui faisait cesser un abus criant, est très spéciale et ne remédie en rien à la généralité des hypothèques.

La même remarque s'applique également au décret organique du 18 février 1852, qui organise le Crédit Foncier de France et le fait bénéficier de deux avantages importants, savoir : la dispense du renouvellement décennal des inscriptions, et le monopole pour les hypothèques légales d'une procédure de purge spéciale, dont nous avons déjà signalé l'économie et la rapidité.

Le 23 mars 1855, fut réalisée la seule réforme véritablement importante intéressant notre matière. Désormais, tous les actes entre vifs translatifs de propriété immobilière doivent avoir été transcrits pour pouvoir être opposés aux tiers ; les créanciers hypothécaires conservent donc tous leurs droits sur l'immeuble grevé, tant que la transcription n'a pas été faite. De plus, la loi de 1855 restreint la durée de la dispense d'inscription des hypothèques légales de la femme mariée, de l'interdit et du mineur. Pour être valable, l'hypothèque légale doit être inscrite dans le délai d'un an après la cessation de la tutelle et du mariage. Enfin, la loi décide que les subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée devront être inscrites pour être valables, et que la

date de l'inscription décidera de leur rang de préférence. Nous n'avons pas besoin d'insister pour montrer l'excellence de cette réforme tant pour la publicité des transactions immobilières déjà établie par la loi de brumaire que pour celle des subrogations d'hypothèque de la femme mariée, et des hypothèques légales elles-mêmes postérieurement à la cessation de l'incapacité. Malheureusement, le législateur s'est arrêté à mi-chemin, et il n'a pas assuré ce qui aurait été le complément naturel de cette réforme, la spécialité des hypothèques légales pendant le cours de l'incapacité des bénéficiaires.

Or, depuis 1855, notre législation hypothécaire n'a subi que des retouches de détail que nous ne citerons ici que pour mémoire. C'est ainsi que la procédure d'ordre dans les saisies immobilières a été légèrement modifiée par la loi du 21 mars 1858. Puis pendant plus de quinze ans, on ne s'occupa plus de la législation hypothécaire. Le premier texte que nous retrouvons est une loi du 10 décembre 1874, complétée par une seconde loi du 10 juillet 1885, qui a créé l'hypothèque sur les navires, par simple acte sous signature privée ; c'était là une double dérogation aux règles générales en vigueur. Dix ans après, deux nouvelles lois hypothécaires sont votées dans le même mois de la même année : la première du 12 février 1889, pose les règles de la renonciation de l'hypothèque légale de la femme au profit des

tiers acquéreurs ; la seconde, du 19 février, attribue, en cas de sinistre, l'indemnité d'assurance aux créanciers ayant hypothèque sur les biens assurés. Enfin le privilège des frais de dernière maladie et la quotité des intérêts garantis par l'inscription hypothécaire ont été réglés par deux lois récentes : l'une du 30 décembre 1892, l'autre, du 11 juin 1893.

Comme on peut le voir, la loi de 1855 étant mise à part, aucune réforme sérieuse et d'ensemble n'a été opérée depuis 1804 pour la matière qui nous occupe. Les critiques que nous faisons au sujet de la généralité des hypothèques admise par le code, restent donc entières, et les conséquences sont plus graves encore qu'en 1804, puisque nous avons besoin de plus en plus de facilité dans les transactions, et de crédit pour toutes les entreprises. Dans ces conditions, une réforme législative s'impose. Il y a fort longtemps, du reste, qu'elle est préconisée, et de nombreux projets, comme nous le disions tout à l'heure, ont été faits en ce sens. Avant d'indiquer quelles seraient, à notre avis, les mesures à prendre, nous devons examiner les différents essais en ce sens, qui ont été tentés en France, ainsi que les différentes législations étrangères, en tant qu'elles peuvent être d'une utile contribution à notre étude. C'est ce qui va faire maintenant l'objet de notre seconde partie.

DEUXIÈME PARTIE

ESSAIS DE SPÉCIALISATION TENTÉS EN FRANCE ET LEUR RÉALISATION A L'ÉTRANGER

Comme nous l'avons déjà signalé, les critiques relatives à la généralité des hypothèques ont été formulées dès la promulgation même du Code civil, et elles n'ont cessé d'être renouvelées. Depuis plus d'un siècle, on a étudié et l'on a proposé des remèdes aux inconvénients qui découlent du défaut de spécialité des hypothèques ; ce sont ces remèdes et ces projets de réformes, que nous avons à examiner maintenant afin d'en dégager ce qu'il y aurait de plus pratique et de plus efficace, pour améliorer aujourd'hui notre régime hypothécaire,

Ici l'étude du droit interne doit être complétée par celle du droit étranger. Il y a ceci d'extrêmement curieux en effet, c'est que, toutes les études qui ont été faites en notre matière (et qui n'ont pas pu aboutir en France) n'ont pas été perdues pour tous ;

elles ont servi aux étrangers à améliorer leur régime hypothécaire ; ce sont eux qui, en réalité, ont profité du résultat de nos efforts. Par un juste retour des choses humaines, il est équitable que nous aussi, nous profitions de leur expérience en adoptant chez nous les seules réformes que la pratique de nos voisins permet de considérer comme heureuses.

Il ne peut s'agir ici d'étudier successivement toutes les législations hypothécaires étrangères dans le détail de leur organisation ; une pareille étude serait non seulement fastidieuse, mais encore en dehors du cadre de notre travail. Nous nous contenterons d'étudier les deux systèmes types d'organisation hypothécaire relativement à la spécialité, qui seule nous intéresse ici. Ces deux systèmes, auxquels se rattachent, du reste, d'une façon plus ou moins directe, toutes les législations hypothécaires, sont ceux de la transcription et des livres fonciers ; nous les étudierons dans les deux pays où ils ont acquis leur plus complet développement, c'est-à-dire en Belgique (loi du 16 décembre 1831) et en Allemagne (loi du 24 mars 1897).

Notre seconde partie, ainsi comprise, se divisera donc en trois chapitres : le premier sera consacré à l'essai de la spécialisation tenté en France ; le second à l'étude de la spécialité dans le système de la transcription, et le troisième, à la même étude pour le système des Livres Fonciers.

CHAPITRE PREMIER

ESSAIS DE SPÉCIALISATION TENTÉS EN FRANCE

Dès les premières années d'application du Code civil, la pratique montra bien vite les inconvénients de la généralité des hypothèques. Tout naturellement les jurisconsultes et les praticiens éclairés furent amenés à rechercher les moyens de remédier à ces inconvénients. Sous la Restauration, le gouvernement, essentiellement conservateur, refusa de faire état tant des critiques formulées que des réformes proposées. Sous la Monarchie de Juillet, les critiques se multiplièrent, et comme elles trouvaient un appui sérieux dans le monde des affaires, le gouvernement résolut de s'occuper enfin de la question. M. Martin (du Nord), alors ministre de la Justice, fit procéder à une enquête sur l'organisation hypothécaire du Code civil, et sur les moyens de remédier aux inconvénients qu'elle présentait. Par une circulaire, en date du 7 mai 1841, adressée à la cour de cassation, aux cours d'appel et aux facultés de droit, il demandait qu'un avis fût fourni au gouvernement,

qui voulait réaliser la réforme. L'enquête ne dura pas moins de sept ans ; d'importants travaux et de nombreux documents furent remis à une commission chargée de préparer un projet, lorsque, sur ces entrefaites, le 24 février 1848, le gouvernement fut renversé, et la commission dissoute.

Pour que le travail ne fût pas perdu, le président de la République, à la date du 15 juin 1849, nomma une nouvelle commission, grâce à laquelle le gouvernement put présenter à l'Assemblée Nationale, le 4 avril 1850, un projet de réforme complet du régime hypothécaire de 1804. Dans la pratique, on désigne ce projet sous la dénomination de « projet Vatimesnil », du nom du rapporteur qui fut chargé du travail. Ce projet réalisait, d'une façon complète, la spécialité des hypothèques ; il commençait par supprimer l'hypothèque judiciaire, qui, d'après l'article 2123 du Code civil, s'applique à tous les immeubles présents et à venir du débiteur. La spécialité était également prescrite pour les hypothèques légales dans l'inscription prise par les incapables ou leurs représentants légaux ; les immeubles grevés, ainsi que les créances pour lesquelles l'hypothèque était prise, devaient être déterminés soit par la délibération du conseil de famille, soit par le contrat de mariage. Enfin l'hypothèque conventionnelle elle-même devait, dans tous les cas, rester spécialisée, puisque la faculté d'hypothéquer les biens à venir,

en cas d'insuffisance des biens présents, était désormais supprimée. Telle était, dans ses grandes lignes, l'économie du projet Vatimesnil, qui réalisait ainsi d'une façon complète la spécialité des hypothèques. La majorité de l'assemblée était très nettement favorable à ce projet, qui était sur le point d'être définitivement adopté, lorsque le coup d'État du 2 décembre 1851 vint dissoudre l'Assemblée législative et ajourner, une fois de plus, la réalisation de la réforme hypothécaire.

Le Second Empire reprit bien l'étude de la question, mais avec beaucoup moins d'ampleur. Par le décret du 18 février 1852, il créa le Crédit Foncier de France, qui facilita notamment l'exécution des grands travaux entrepris par le baron Haussmann, et qui eut plus tard le développement que l'on sait. Puis le gouvernement, après cette création du Crédit Foncier, présenta, à la date du 11 mai 1853, un nouveau projet très incomplet et sensiblement inférieur au projet Vatimesnil ; on demandait seulement l'application du principe de la transcription, tel qu'il était établi par la loi de brumaire, sans s'occuper aucunement de la spécialisation des hypothèques. Le projet est devenu la loi du 23 mars 1855, dont nous avons précédemment rappelé l'économie (1).

(1) Le projet de 1855, qui n'était qu'une demi-mesure, était conçu dans un esprit singulièrement pusillanime ; l'exposé des

Depuis cette époque, aucune réforme d'ensemble du régime hypothécaire n'a été adoptée ; ce n'est pas à dire qu'il n'y en ait pas eu de projetée. Il y a une vingtaine d'années, en effet, la question était revenue tout à fait à l'ordre du jour, et dans les années 1890 à 1897, il a été fait toute une série de travaux et propositions intéressant notre matière. Au cours de la session parlementaire de 1890, on a pu croire un moment qu'une réforme complète du régime hypothécaire allait être accomplie, grâce à l'application en France du système du Livre Foncier, adopté notamment en Allemagne. Pour réaliser cette réforme, la question de la révision du cadastre était mise à l'étude, et le 30 mai 1891 une commission extra-parlementaire était instituée pour l'étude d'une réorganisation d'ensemble.

Par contre, un peu plus tard, une série de propositions de lois étaient présentées, tendant toutes à l'adoption en France du régime établi en Belgique le 16 décembre 1851. C'est ainsi que M. Darlan, garde des Sceaux, déposait un projet très complet sur le

motifs du projet est tout à fait caractéristique de cet état d'esprit. « Il ne s'agit pas, disait-il, de porter sur le Code Napoléon une main sacrilège : ses dispositions resteront intactes ; son économie entière. Nous ne présentons que des dispositions pour ainsi dire additionnelles, choisies parmi celles qui n'ont rencontré aucune opposition, destinées à combler des lacunes et à parer à des dangers reconnus universellement. Compléter, ce n'est pas détruire. »

bureau du Sénat, à la date du 27 octobre 1896. A la même session, et dans le même sens, une proposition était présentée par un praticien, M. Brusset, sénateur, président du comité des notaires des départements. Chacune des deux Chambres avait été déjà précédemment saisie d'une proposition à ce sujet. M. Thezard en avait déposé une sur le bureau du Sénat le 28 octobre 1895, et MM. Dupuys, Dutemps, Brisson et Georges Leygues, sur le bureau de la Chambre, à la session de 1894.

Nous aurons à étudier dans notre troisième partie ces différents projets et propositions, ainsi que l'avant-projet de la sous-commission extra-parlementaire du cadastre. Du reste, pour pouvoir en bien comprendre toute l'économie, il est nécessaire de connaître par avance le système belge de la transcription et le système allemand du Livre Foncier, dont ils s'inspirent. C'est l'étude du premier de ces deux systèmes que nous allons maintenant aborder dans notre chapitre II.

CHAPITRE II

LA SPÉCIALITÉ DES HYPOTHÈQUES DANS LE SYSTÈME DE LA TRANSCRIPTION

L'étude du système de la transcription nous a paru comme devant être faite, tout d'abord, non seulement au point de vue de l'ordre historique, mais encore au point de vue de l'intérêt qu'elle présente. Le système de la transcription adopté par la Belgique, l'Italie et la Hollande, nous offre un exemple très caractéristique d'une amélioration sérieuse de l'organisation hypothécaire réalisée, tout en conservant les mêmes règles de législation. Il ne faut pas oublier, en effet, que notamment pour la Belgique, la législation hypothécaire antérieure à 1851 était exactement celle dont nous subissons encore aujourd'hui les multiples inconvénients.

Cette réforme, du reste, a été presque complètement préparée en France. On se souvient, en effet, des documents réunis à la suite de la vaste enquête hypothécaire provoquée par le ministre de la Justice, M. Martin (du Nord), et des travaux effectués par la

commission créée par la seconde République dans le titre XVIII de notre Code civil. Eh bien ! c'est à l'aide de ces documents et grâce à tous ces travaux que les Belges ont pu faire voter leur célèbre loi du 16 décembre 1831, et réaliser ainsi chez eux la réforme hypothécaire que nous n'avons pas encore pu faire aboutir en France.

Le meilleur moyen de savoir quelle était la valeur des réformes proposées, notamment dans le projet de M. Vatimesnil, c'est de le demander à l'expérience de plus d'un demi-siècle, faite par la Belgique, qui en a adopté presque tous les principes. Rappelons, en effet, que la loi du 16 décembre 1831 commence (selon le vœu du projet présenté à l'Assemblée Nationale) par soumettre à la formalité de la transcription « tous les actes entre-vifs, à titre gratuit ou à titre onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, les jugements passés en force de chose jugée tenant lieu de conventions ou de titres pour la transmission de ces droits, les actes de renonciation à ces droits et les baux excédant neuf années, ou contenant quittance d'au moins trois années de loyer » (1).

Nous ne voulons pas insister ici sur la supériorité de la législation belge qui, à la différence de notre loi, soumet tous les actes déclaratifs à la formalité de

(1) Voir loi belge du 16 décembre 1831, article 2.

la transcription, et nous arrivons de suite à la question de la spécialité, qui nous intéresse directement. Cette spécialité est organisée de la façon suivante : aucune hypothèque n'est valable avant d'avoir été inscrite et spécialisée ; telle est la règle, en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles. Ici, à la vérité, il n'y avait pas de difficulté sérieuse, mais il n'en était pas de même des hypothèques légales et judiciaires.

Pour ces dernières, la loi du 13 décembre 1851 avait trouvé un moyen radical pour remédier aux inconvénients de la généralité, c'était de supprimer purement et simplement l'hypothèque judiciaire. Les inconvénients avaient paru si grands que la suppression avait été votée à l'énorme majorité de cinquante-six voix sur soixante-deux votants. Cette réforme était trop brusque et trop radicale pour pouvoir être durable ; les créanciers qui avaient obtenu, souvent au prix de beaucoup de difficultés et de frais, un jugement de condamnation contre leurs débiteurs, se plaignirent amèrement qu'on leur enlevât ainsi toute garantie sérieuse pour le recouvrement de leurs créances. En effet, les débiteurs, jusqu'au jour de la saisie, conservaient la liberté de disposer de leurs immeubles comme ils l'entendaient, et ils ne manquaient pas, en fait, d'user et d'abuser de ce droit. Aussi, lorsque trois ans plus tard, le législateur belge vota le 15 août 1854 la loi sur l'expropriation forcée,

il fit droit à ces plaintes, en organisant le système suivant, qui est directement inspiré de l'article 34 du décret du 20 février 1852 sur le Crédit Foncier. Du jour où le créancier a fait commandement de payer, il n'a qu'à faire transcrire ce commandement au bureau des hypothèques, pour que, pendant un délai de trente jours, le débiteur ne puisse disposer de son immeuble au préjudice du créancier poursuivant. Ce dernier, à l'expiration de ce délai d'un mois, n'a qu'à faire opérer la saisie immobilière. Toutes les fois qu'un créancier poursuivant se sera montré suffisamment actif, il sera assuré de la bonne exécution de son jugement. Les créanciers diligents se trouvent donc ainsi garantis, sans avoir recours à cette néfaste institution de l'hypothèque judiciaire que M. Challamel (le très documenté rapporteur de la sous-commission juridique du cadastre), appelait, non sans raison : « la plus mortelle ennemie du crédit hypothécaire » (1).

Si nous passons maintenant à l'examen des hypothèques légales, nous voyons que la loi belge en assure, dans une certaine mesure tout au moins, la spécialité. Pour l'hypothèque légale de la femme mariée tout d'abord, le législateur charge les parties elles-mêmes de la réaliser dans le contrat de mariage.

(1) Challamel, *Rapport général sur les privilèges et hypothèques*, p. 3.

Aucune difficulté n'est à craindre, car, à ce moment en effet, les parties sont entièrement indépendantes l'une de l'autre, et l'on n'a pas à redouter l'exercice abusif de l'ascendant, que peut avoir un mari sur sa femme. La spécialisation est alors réalisée sous son double aspect, c'est-à-dire qu'on fixe la somme des créances à conserver, et qu'on détermine les immeubles qui seront grevés de la garantie réelle. Le futur époux est chargé d'assurer la spécialité au moyen d'une inscription prise antérieurement au mariage. Si, dans la suite, l'inscription prise apparaît comme excessive, le mari peut en demander la réduction au tribunal, et sauvegarder ainsi son crédit.

Par contre, si, au cours du mariage, des droits nouveaux viennent à échoir à la femme, il est possible que son hypothèque devienne alors insuffisante; dans ces conditions, la loi permet à la femme de prendre une inscription, après avis du président du tribunal de son domicile, et ce dernier indique alors l'étendue de ce supplément d'hypothèque. La publicité de cette hypothèque complémentaire sera assurée par une inscription prise soit par le mari, soit par les parents ou alliés des époux, soit même par le procureur du roi.

Pour l'hypothèque légale des mineurs, en raison même de leurs qualités, on ne pouvait songer à leur appliquer le système de l'hypothèque de la femme mariée. Aussi a-t-on eu recours à l'organisation sui-

vante : le conseil de famille, qui est, au décès du père et de la mère, convoqué par les parents ou amis du mineur, ou, à défaut, par le juge de paix, fixe, d'une part, la créance jusqu'à concurrence de laquelle l'hypothèque sera prise, et indique, d'autre part, chacun des immeubles du tuteur, sur lesquels l'inscription portera utilement. Tous les intéressés ont le droit de faire opposition à cette délibération, et notamment le subrogé-tuteur et le tuteur. Ce dernier, avant de faire aucun acte de gestion, doit faire inscrire l'hypothèque légale ; faute par lui de le faire, l'inscription sera prise par le subrogé-tuteur ou un délégué du conseil de famille. Pour que cette prescription soit bien rigoureusement observée, la loi belge décide que les greffiers de justice de paix ne pourront délivrer aucune expédition, avant que la justification ne leur soit faite de la prise de l'inscription (1).

Du reste, le conseil de famille, le juge de paix et son greffier sont, à cet égard, placés sous le contrôle direct du tribunal. Cette nouvelle garantie, dont bénéficient les incapables en Belgique, avait été inscrite par M. de Vatimesnil dans son projet de 1850.

Telle est l'organisation de l'hypothèque légale au début de la tutelle ; ajoutons tout de suite qu'elle

(1) Loi belge du 16 décembre 1834, art. 52 et suiv.

n'est pas immuable et qu'elle peut augmenter ou diminuer au cours de cette tutelle, suivant que la garantie réelle sera devenue insuffisante ou trop étendue. Remarquons en terminant que la loi belge s'est efforcée de sauvegarder les intérêts des mineurs, puisqu'elle décide qu'en cas d'insuffisance dans les garanties immobilières du tuteur, il est loisible au conseil de famille d'ordonner le versement total ou partiel des fonds des incapables à la caisse des dépôts et consignations, s'il estime que le tuteur n'a pas suffisamment d'immeubles pour la garantie des dits capitaux.

Nous n'avons pas à apprécier, quant à présent tout au moins, cette législation ; nous nous réservons de le faire dans notre troisième partie, où nous aurons à examiner la valeur pratique des différents projets de réforme, qui se sont très largement inspirés de l'organisation hypothécaire belge. Qu'il nous suffise ici de constater que s'il n'est pas douteux que la loi du 16 décembre 1851, constitue un progrès sensible sur la législation de 1804, elle est encore insuffisante pour affermir pleinement le crédit hypothécaire, et lui donner l'extension que comporte le nouvel état économique actuel. Si nous nous plaçons au seul point de vue de la spécialité, nous remarquons bien que la généralité de l'hypothèque judiciaire disparaît avec l'existence même de cette hypothèque, qu'en outre les hypothèques légales des

mineurs et des femmes mariées sont spécialisées quant aux créances garanties. D'autre part, nous devons constater également que les hypothèques légales de l'État, des provinces et des établissements publics conservent leur caractère de généralité et, ce qui est plus grave encore, que les hypothèques légales du mineur et de la femme mariée, bien que spécialisées quant aux créances, peuvent demeurer générales et atteindre tous les immeubles des maris et des tuteurs, et même leurs biens à venir.

En un mot, la réforme de 1851, a été heureuse, mais incomplète ; l'expérience, du reste, l'a bien montré, et il ne serait que juste (en retour de nos études et travaux que nos voisins, les Belges ont utilisés pour élaborer leur réforme) que, nous aussi à notre tour, nous profitions de leur expérience, et qu'en réimportant chez nous le système de réforme qu'ils nous ont emprunté, nous fassions une œuvre complète, n'admettant pas d'exception pour des règles qui n'en comportent aucune. Nous aurions, du reste, pour nous guider, un autre exemple, non moins concluant, c'est celui de l'application du Livre Foncier, à l'étude duquel nous allons consacrer maintenant notre chapitre III.

CHAPITRE III

LA SPÉCIALITÉ DES HYPOTHÈQUES DANS LE SYSTÈME DU LIVRE FONCIER

On entend par système du Livre Foncier « l'organisme qui groupe autour d'un feuillet unique les documents juridiques concernant une propriété ou une série de propriétés appartenant à la même personne dans une circonscription déterminée » (1). Ce système a compté et compte encore en France des partisans, parmi les jurisconsultes et les économistes les plus éclairés, qui en préconisent l'application en notre pays, avec le plus vif enthousiasme. Le mouvement d'opinion ainsi créé, il y a une vingtaine d'années, finit par émouvoir le gouvernement, qui, par l'organe de M. Rouvier, alors ministre des Finances, organisa, à la date du 30 mars 1891, une commission chargée d'étudier l'adoption pour la France du régime du Livre Foncier. Cette commission prit le nom de commission du cadastre, ce der-

(1) Challamel, *Procès-verbaux du cadastre*, p. 254.

nier étant l'organe essentiel pour la mise en œuvre de ce nouveau régime hypothécaire.

Nous n'entreprendrons pas ici bien entendu l'étude complète du système du Livre Foncier. Ce dernier, en effet, comprend non seulement l'organisation hypothécaire, mais encore celle des droits réels et de la propriété immobilière elle-même. Nous voudrions seulement ici pour la plus facile compréhension de notre troisième partie indiquer quelle en est dans ses grandes lignes l'économie générale et ne retenir ensuite que la question de l'organisation de la publicité (1).

Le système du Livre Foncier est d'origine allemande. M. Massigli, le rapporteur général de la commission du cadastre, nous l'indique de la façon suivante : « Issu, nous dit-il, au moins dans un grand nombre des pays de droit germanique, d'une réaction contre la doctrine romaine, qui avait détruit le

(1) Nous avons cru pouvoir nous contenter ici d'indiquer le système des Livres Fonciars et de la transcription, en laissant de côté le système Torrens. Cette omission volontaire nous paraît se justifier par deux raisons : la première, d'intérêt pratique, consiste en ce que après une période d'engouement vite passée, on est à peu près tombé d'accord pour reconnaître qu'un tel système, pratique pour des pays neufs, serait au contraire, inapplicable en France à cause de la multiplicité des droits réels et de l'impossibilité dans beaucoup de cas, de retrouver l'origine de la propriété. De plus, et c'est là le second motif, le système Torrens n'est au fond qu'une variante de celui des Livres Fonciars, et puisque nous exposons l'un, il nous a paru suffisant d'indiquer l'autre.

formalisme originaire des transferts de droit immobilier, mais qui, par la déformation du fait juridique de la tradition, devait entraîner nos coutumes françaises jusqu'à la clandestinité, il (le système du Livre Foncier), trouvait en Prusse une expression déjà savante et précise dans une ordonnance du grand Frédéric « 20 décembre 1837 ». Il a pris dans le même pays une forme un peu plus souple et aussi plus parfaite dans les célèbres lois du 5 mai 1872, qui ont servi de modèle à la nouvelle législation foncière de l'empire allemand » (1).

Le système du Livre Foncier déjà adopté en Autriche et en Dalmatie a été, en effet, consacré par le nouveau Code civil allemand, promulgué le 18 août 1896, et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900. « Ce nouveau Code civil, dont on ne saurait contester la portée politique ni surtout la haute valeur juridique, n'est sur de nombreuses questions, tout particulièrement pour celles qui intéressent la propriété foncière, que la reproduction des tendances des différents États. C'est une belle et grande façade destinée à masquer des constructions plus petites, qui n'appartiennent pas au même style (2). » En effet, dans beaucoup de cas, le nouveau Code civil allemand se contente d'un renvoi aux lois particulières ; c'est

(1) *Procès verbaux du Cadastre*, rapport général de M. Massigli, p. 40.

(2) Sévan, *op. cit.*

ainsi notamment que, pour le sujet qui nous concerne, le code renvoie à la loi fédérale du 24 mars 1897, qui n'est, elle-même, que la reproduction fidèle des lois prussiennes du 5 mai 1872, que nous signalions plus haut.

D'après cette loi, le Livre Foncier doit être pour la propriété immobilière ce que sont les registres de l'état civil pour les droits privés des citoyens. A chaque immeuble, on consacre une feuille du Livre Foncier sur laquelle sont inscrits : « le nom du domaine, l'indication de sa contenance, le chiffre du revenu imposable, le numéro de son immatriculation au cadastre, auquel on joint le nom et le numéro de la rue, s'il s'agit d'un immeuble urbain. »

Le Livre Foncier (comme chez nous les registres de l'état civil) est soumis au contrôle judiciaire. Pour les registres de l'état civil en France, c'est un membre du parquet qui remplit cette mission ; en Allemagne, c'est l'un des juges du tribunal du ressort, auquel on donne le nom de juge foncier, qui est chargé de vérifier la bonne tenue du Livre Foncier. Ce contrôle ne doit pas seulement intervenir après coup par l'examen ou la lecture des nouveaux feuillets ; il doit s'effectuer et, en réalité, il s'effectue d'une façon beaucoup plus active. Avant toute mention sur le Livre Foncier, le juge foncier vérifie, d'une part, si l'immeuble est dans le commerce, si les parties ont la capacité voulue pour traiter, si au-

cun dol, si aucune lésion ne sont venus vicier le consentement de celui qui constitue l'hypothèque ou qui consent la vente. Au cas de donation ou de succession, c'est encore le juge foncier qui vérifie, s'il y a bien conformité entre le testament ou la donation, et les certificats établissant la propriété ; de même, au cas de vente, il examine si celui qui se présente comme vendeur est bien inscrit comme tel au Livre Foncier. Après toutes ces vérifications, mais alors seulement le juge foncier ordonne l'inscription de la vente ou de la constitution du droit réel au Livre Foncier.

De cet ensemble de garanties prises résulte le caractère de légalité inconnu chez nous, dans la transmission *inter partes* de la propriété ou dans la constitution des droits réels, « Il faut, du reste, comme le remarque avec raison M. Ferron, bien comprendre ce que signifie ici cette expression « caractère de légalité ». Il faut, entendre par là l'ensemble des justifications que les parties doivent fournir de la consistance de leurs droits et des vérifications que le juge foncier est lui-même tenu de faire ; elle ne signifie nullement qu'une autorité plus ou moins forte soit donnée aux mentions des Livres Fonciers (1) ».

(1) Ferron, *Etude historique et critique sur la publicité des droits réels immobiliers*, p. 295.

Maintenant que nous connaissons, d'une façon sommaire tout au moins, l'organisation du Livre Foncier, nous allons pouvoir indiquer de quelle façon se trouve réalisée la spécialité des hypothèques. Ici, le système est on ne peut plus simple ; pour qu'une hypothèque soit valable, il faut non seulement qu'elle soit inscrite sur le Livre Foncier, mais il faut, en outre, que le créancier indique le montant des créances à garantir « estimation faite en monnaie légale », et qu'il désigne d'une façon exacte l'immeuble ou les immeubles qui seront grevés de la garantie réelle. Cette règle est absolue et ne souffre aucune exception ; il n'y a pas d'hypothèque valable, tant qu'elle n'a pas été non seulement publiée, mais encore spécialisée tant pour les créances qu'elle garantit que pour le gage hypothécaire qu'elle grève.

Au point de vue économique, cette législation a produit les plus heureux résultats en donnant au crédit hypothécaire un développement et une souplesse inconnus chez nous. C'est la supériorité théorique incontestable de cette législation, ce sont les excellents résultats obtenus en pratique, qui ont déterminé, en faveur de l'adoption du Livre Foncier en France, le mouvement d'opinion que nous avons signalé plus haut.

Nous aurons à examiner, à ce sujet, une double question, tout d'abord celle de savoir si l'adoption en France du régime du Livre Foncier est ou non

préférable au point de vue théorique, à la simple mise au point de notre régime hypothécaire actuel. La seconde question, toute différente de la première, consistera à rechercher si, dans l'état de nos habitudes, et avec les ressources budgétaires limitées, dont nous disposons, l'adoption du Livre Foncier est actuellement réalisable chez nous et si la mise au point de notre régime hypothécaire actuel rencontrerait en pratique les mêmes difficultés.

Ce sont là les questions initiales, à résoudre avant d'étudier, dans le détail de leur application, la réalisation de la spécialité sous son double aspect ; et c'est par l'examen de cette double question que nous allons commencer l'étude de notre troisième et dernière partie.

TROISIÈME PARTIE

DES REMÈDES A APPORTER A LA GÉNÉRALITÉ DES HYPOTHÈQUES

En abordant notre troisième partie, nous touchons ici au point le plus délicat de notre travail. Jusqu'à présent nous n'avons eu, pour ainsi dire, qu'à constater des faits et qu'à en déduire les conséquences logiques, soit que nous examinions les vices de notre législation actuelle, soit que nous exposions les tentatives infructueuses de réforme en France ou les résultats acquis dans les législations étrangères. Il s'agit maintenant de faire œuvre positive, et, en regard des critiques adressées, de proposer les remèdes efficaces et pratiques. Nous avons heureusement ici, pour nous guider, tous les projets de réforme et tous les travaux si nombreux élaborés sur la question hypothécaire.

Mais si nous trouvons, sur ce point, un guide pré-

cieux, notre tâche n'en demeure pas moins délicate, et peut apparaître, de prime abord, comme un peu touffue en raison même de la multiplicité et des divergences des remèdes préconisés, parmi lesquels le choix ne laisse pas d'être assez difficile.

Nous avons cru pouvoir résoudre cette difficulté à l'aide de la méthode suivante, qui consiste tout d'abord à dégager des différents projets, propositions ou études le principe directeur, qui les anime en faisant momentanément abstraction des détails de mise en œuvre, et à examiner ensuite le principe ainsi dégagé, au double point de vue de la valeur théorique et de la possibilité de son application. A la lumière de cette double étude nous pourrons ainsi choisir celui des différents systèmes qui apparaît comme le meilleur. Ce choix étant fait, il ne nous restera plus qu'à étudier le système adopté dans le détail de son application, en examinant les différents moyens préconisés déjà, ou même, si besoin est, en proposant de nouveaux. C'est ainsi qu'après avoir étudié dans un chapitre premier les différentes conceptions possibles d'une réforme hypothécaire, et choisi celle qui nous paraîtrait la plus pratique, nous indiquerons les moyens d'application, en envisageant successivement, dans les chapitres suivants, l'hypothèque conventionnelle, l'hypothèque judiciaire et les hypothèques légales.

CHAPITRE PREMIER

DES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS POSSIBLES D'UNE RÉFORME HYPOTHÉCAIRE

Le problème de la spécialité, que nous avons à résoudre, n'est lui-même qu'une partie du problème plus vaste, qui comprend toute l'organisation hypothécaire dans son ensemble. Nous ne pourrions donc avoir une idée exacte de la façon, dont on peut opérer la spécialité, que lorsque nous connaîtrons, au moins dans leurs grandes lignes, les différentes réformes possibles de l'organisation hypothécaire, Or, bien que les projets, propositions de lois ou travaux sur la question, aient été extrêmement nombreux, ils peuvent néanmoins tous se grouper, quand on va au fond des choses, dans les deux systèmes suivants : ou bien se contenter de remettre au point le régime actuel, en remédiant aux plus graves inconvénients qu'il présente. C'est ce que notamment MM. Darlan et Theyzard ont demandé au Parlement, ou bien, et c'est là le second système, substituer à l'organisation actuelle le régime du Livre Foncier,

comme le propose la sous-commission juridique du cadastre.

Auquel de ces deux systèmes devons-nous nous rallier ? C'est pour répondre à cette question que nous allons maintenant faire la double étude que nous signalions à la fin de notre chapitre précédent, savoir : l'examen, au point de vue théorique, de la valeur respective des deux systèmes, et la recherche de la question de savoir si, dans l'état actuel de nos habitudes et de nos ressources, l'adoption du Livre Foncier est pratiquement réalisable.

§ 1^{er}. — *Point de vue théorique.*

Au point de vue théorique, le système du Livre Foncier présente de nombreux avantages, que ses partisans n'ont, du reste, pas manqué de mettre en relief et de faire valoir : « Seul le Livre Foncier, nous disent-ils, peut fournir une assise solide à la propriété, en assurant d'une façon rigoureuse à la fois la publicité et la spécialité des hypothèques et une ferme consistance de tous les autres droits réels. La transcription ne peut apprendre aux tiers que l'accomplissement du transfert, mais elle ne dispense jamais les prêteurs ou acquéreurs de l'obligation de vérifier par eux-mêmes le droit de leur co-contrac-

tant. Le Livre Foncier, ajoute-t-on encore, outre qu'il assure la fixité de la propriété quant à son origine, en garantit également la consistance quant à son étendue ; reposant, en effet, sur le cadastre et contenant une description exacte de la propriété, le Livre Foncier supprime, de cette façon, toute une source de procès particulièrement fâcheux, les procès en bornage par exemple. Enfin l'adoption du Livre Foncier (toujours d'après ses partisans), fournirait à la propriété immobilière, par suite de la facilité des transactions qu'il devait nécessairement engendrer, un développement et une prospérité qu'on ne saurait comparer qu'à l'extension de la propriété mobilière pendant tout le dix-neuvième siècle. »

Il serait injuste tout d'abord, de ne pas reconnaître le bien fondé des critiques formulées contre le système de la transcription et l'exactitude des avantages du Livre Foncier. Il est certain que seul, ce dernier, en établissant, selon la formule très exacte et déjà signalée, « un état civil de la propriété foncière », assure d'une façon absolue la fixité et la consistance de tous les droits réels. Il n'est pas contestable non plus, que le système du Livre Foncier, par la clarté et la simplicité même de son organisme, puisse assurer au crédit immobilier un développement et une souplesse inconnus chez nous jusqu'à ce jour. Au reste, la haute valeur juridique de ses partisans (parmi lesquels on compte notamment MM. Mas-

sigli et Lallemand), suffirait à elle seule, pour en garantir la valeur. Aussi, au point de vue théorique et en laissant momentanément de côté la question des difficultés d'application pratique, il n'est pas douteux que le système du Livre Foncier soit de beaucoup supérieur à celui de la transcription, en supposant même que ce dernier soit sensiblement amélioré par des réformes analogues à celles de la Belgique.

Mais, tout cela, il ne faut pas l'oublier, est encore insuffisant. Pour qu'une réforme puisse être utilement préconisée, il ne suffit pas qu'elle soit heureuse ; il faut avant tout qu'elle soit possible. Il nous reste donc à étudier si le système du Livre Foncier qui, en théorie, est assurément le meilleur, peut être pratiquement adopté en France, notamment en raison de l'état actuel de nos ressources budgétaires. C'est ce que nous allons rechercher, en étudiant maintenant le point de vue pratique.

§ 2. — *Point de vue pratique.*

Il semble, tout d'abord, que l'adoption du Livre Foncier ne devait être ni très difficile, ni très coûteuse, puisqu'il s'agit simplement de constituer pour la propriété un registre analogue à celui de l'état

civil pour les citoyens. Mais il faut bien remarquer tout d'abord que l'état civil des propriétés est autrement plus difficileux à établir que celui des individus. « La première condition, en effet, pour qu'on puisse reporter à la première page du Livre Foncier à ouvrir l'état actuel de la propriété et des droits existants sur chaque parcelle, ce serait une reconnaissance de cette propriété et des droits qui la modifient, il faudrait les reconstituer avec tout l'ensemble des documents actuels dans leur multiplicité et dans leur complexité ; il faudrait les faire connaître par les intéressés, et une opération d'abornement général s'imposerait pour la perfection du travail. Autant le travail apparaît simple dans son principe (si considérable qu'il soit dans son application), quand il s'agit de régler pour la première fois la répartition de propriétés à l'état naissant sur une terre vierge, autant les difficultés se multiplient quand il y faut reporter la répartition complexe d'une propriété déjà constituée, et modifiée pour chaque parcelle par toute une série d'actes innombrables. L'œuvre serait déjà gigantesque, à supposer l'absence de toute contestation, et peut-être hors de proportion avec les résultats à obtenir au point de vue pratique (1). »

Du reste, il n'est pas nécessaire d'être prophète, pour prévoir que, par suite de l'obligation de faire

(1) Thézard, *op. cit.*, p. 21.

des abornements contradictoires, des difficultés et des revendications nombreuses se produiraient, et cela tout spécialement pour ce qui concerne la propriété rurale. Ce serait, en effet, connaître bien mal la mentalité du paysan français que d'espérer qu'il renoncera à revendiquer telle parcelle, même minime de terrain, sur la propriété de laquelle il est en contestation avec son voisin. A l'heure actuelle, bien que l'accord ne soit pas établi, on hésite souvent, par crainte des frais, à recourir à la voie judiciaire, mais il n'en serait plus de même le jour, où d'une façon solennelle et définitive, il s'agirait de trancher la question. Donc, en dehors même des difficultés inhérentes au travail considérable dont seraient chargés les conservateurs d'hypothèques, il est inexact de dire que l'adoption du Livre Foncier se ferait facilement, puisque dès le début même du travail, l'application de la réforme serait entravée, sinon compromise, par le réveil, « de tous les vieux litiges qui sommeillent et qu'une sage indolence aurait jusqu'alors remis au lendemain ».

Mais ce n'est encore là qu'un point secondaire, et l'on pourrait nous objecter qu'aussitôt après la période de crise qui accompagne forcément toute réforme de quelque envergure, le livre foncier s'acclimatera bien vite chez nous, et que les avantages qu'il présente valent bien le peu de temps et le peu de dépenses qu'il pourrait coûter.

Malheureusement cette objection, qui vient naturellement à l'esprit, repose sur deux données inexactes, savoir : qu'il suffirait de peu de temps et de peu de dépenses pour l'établissement en France du Livre Foncier. Et, en effet, s'il est vrai que le Livre Foncier, en lui-même, soit relativement peu coûteux à organiser, il ne faut pas oublier que son adoption n'est possible qu'avec un cadastre exact et complet. Or, les défauts de notre cadastre actuel ont été trop souvent mis en lumière et sont trop connus de tous pour qu'il soit nécessaire d'établir ici un fait que personne ne conteste plus, savoir : qu'il faudrait accomplir la réfection totale du cadastre pour pouvoir adopter utilement le livre foncier.

De ce fait indiscutable, il résulte tout d'abord que la réforme hypothécaire se trouverait considérablement retardée, si l'on devait, pour la réaliser, attendre la révision complète du cadastre.

Cette opération, en effet, est une œuvre véritablement colossale, et nul n'ignore qu'il faudra encore de nombreuses années pour l'accomplir. Or, nous croyons avoir suffisamment montré, dans notre première partie, la nécessité d'une prompte réforme hypothécaire, pour pouvoir être en droit de conclure que l'ajournement lointain nécessité par la révision du cadastre est absolument incompatible avec le caractère d'urgence que présente actuellement la réforme hypothécaire.

Cette raison, qui serait, à elle seule, suffisante, n'est pas, du reste, la plus grave ; il en est une autre qui suffirait à elle seule, pour écarter, au point de vue pratique, le système du Livre Foncier, et cette raison n'est autre que la raison financière. Le raisonnement que nous indiquions plus haut doit, en effet, être rappelé ici : nous reconnaissons très volontiers que l'adoption du Livre Foncier, est en elle-même relativement peu coûteuse ; mais il n'en va pas de même de la révision du cadastre qu'il suppose nécessairement accomplie. Nous n'en voulons pour preuve que les statistiques de la commission du cadastre elle-même. « Pour évaluer les dépenses de cette œuvre considérable, la commission s'est servie de deux procédés bien différents, qui ont abouti à des résultats assez concordants : on s'est d'abord basé sur les tarifs actuellement en vigueur en France pour l'exécution des opérations cadastrales et en Alsace-Lorraine, où le cadastre a été récemment refait en vue de l'établissement du Livre Foncier. On est arrivé aux chiffres suivants (1) :

Dépense moyenne pour un hectare :

Travaux géométriques	9.45
Travaux d'évaluation	0.82
Etablissement des Livres Fonciers . . .	0.56
Total.	<u>10.83</u>

(1) *Procès-verbaux du cadastre*, fasc. vi, p. 556.

Cette dépense moyenne de 10 fr. 83 par hectare représente, pour toute la France, une dépense globale de 573,550,000 francs.

Le second procédé employé a été le suivant : « On a évalué directement la dépense à l'aide de devis approximatifs (délimitation, triangulation, etc.) ; on a ainsi abouti à un résultat assez rapproché du précédent, d'après lequel, les frais s'élèvent au chiffre approximatif de 553,000,000. Sans doute, pour laisser au projet quelques chances d'être agréé par le Parlement, la sous-commission a trouvé ingénieux de diviser la dépense entre l'État, les départements et les communes, mais le contribuable ne s'y trompe plus ; que la note lui soit présentée par l'État ou la commune, il sait bien, en définitive, que c'est toujours lui qui paiera (1). »

En présence de cette double constatation, nous serions, semble-t-il, en droit de conclure que l'adoption du Livre Foncier n'est pas actuellement réalisable. Cependant, avant de formuler définitivement cette conclusion, nous avons tenu à pousser plus loin notre enquête et à rechercher quelle était, en cette matière, l'opinion des hommes d'affaires et du Parlement. Pour les premiers, la question n'est pas douteuse. Tous les officiers ministériels, notaires, avoués ou huissiers, ne cachent pas et n'ont jamais

(1) Diolé, *op. cit.*, p. 142.

caché, du reste, leur hostilité à l'égard de l'adoption du Livre Foncier. Sans doute, on peut prétendre qu'en l'espèce, ils sont juges et parties, et que personnellement intéressés au maintien du régime actuel, il est tout naturel qu'ils se montrent les adversaires d'une réforme radicale. Cette observation peut être exacte, mais il n'en reste pas moins établi que l'hostilité des hommes d'affaires est un obstacle de plus à l'adoption du Livre Foncier, obstacle d'autant plus grand que ce sont eux qui, chaque jour, servent d'intermédiaires aux parties pour leurs transactions ou leur emprunts, et que, sur ce point, par le fait seul de leur mission, leur influence est considérable près du public. Du reste, il ne faut pas se le dissimuler non plus, le public lui-même (et nous entendons par là tous les propriétaires fonciers, les prêteurs et les emprunteurs) n'est nullement préparé et ne semble en aucune façon, favorable à un bouleversement si considérable de ses habitudes séculaires, tel qu'il résulterait nécessairement de l'adoption du Livre Foncier.

Reste à examiner l'opinion du Parlement sur la question. Sans doute, à un certain moment, on a pu croire que les Chambres allaient adopter le régime du Livre Foncier. On se souvient, en effet, qu'au cours de la session parlementaire de 1890, des crédits furent votés pour l'étude de la revision du cadastre, et cela dans le but, non dissimulé, de prépa-

rer l'adoption du Livre Foncier. Mais depuis dix-huit ans, non seulement, malgré les rapports et avant-projets favorables déposés par la commission et la sous-commission juridique, non seulement la question n'a pas abouti, mais, en outre, elle paraît complètement abandonnée. Dès 1896, en effet, le gouvernement renonçait à l'adoption du Livre Foncier et, par le canal de M. Darlan, alors garde des Sceaux, il faisait présenter, à la date du 27 octobre 1896, un projet de réforme complètement inspiré du système de la transcription. Depuis, toutes les propositions de lois sur la matière ont été faites dans le même sens. Il suffit, du reste, de connaître la mentalité des parlementaires pour se rendre compte à quel point ils sont peu disposés à tenter une réforme aussi longue et aussi difficile que celle du Livre Foncier. Quel est celui des parlementaires qui oserait demander aux Chambres un crédit de 500 à 600 millions pour réformer le titre XVIII du Code civil ? On a déjà annuellement pour près de quatre milliards de dépenses ; si l'on devait ajouter un demi-milliard de plus aux dépenses actuelles, ce ne serait certainement pas à la réforme hypothécaire qu'il serait destiné. Les préoccupations du Parlement sont ailleurs ; c'est là un fait qui peut être regrettable, mais qui ne saurait être contesté (1).

(1) Une telle réforme aurait cependant un caractère de nature

C'est donc à bon escient que nous pouvons maintenant conclure que le Livre Foncier apparaît, quant à présent tout au moins, comme insusceptible d'une adoption immédiate en raison de l'état actuel des esprits, des dispositions du Parlement et du coût trop élevé des dépenses qu'il nécessite. Cela ne veut pas dire que nous n'avons plus rien à faire ; il reste, en effet, le second système que nous avons précédemment indiqué, celui de la transcription. Il consiste à conserver les principes de notre législation actuelle, en remédiant aux plus graves inconvénients à l'aide des moyens suivants : généraliser la transcription aux transmissions de propriété à cause de mort et aux actes déclaratifs ; enfin, assurer d'une façon complète la publicité et la spécialité des hypothèques. Cette réforme a le grand avantage d'être d'une réalisation extrêmement facile, qui ne nécessite aucune dépense excessive. Nous n'avons pas à hésiter à prendre parti dans ce sens.

Et qu'on ne vienne pas dire ici qu'après avoir reconnu la supériorité théorique du Livre Foncier, nous manquons de logique, en préconisant maintenant, l'adoption du système de la transcription. Les deux solutions, en effet, ne s'excluent point l'une

à séduire le Parlement ; ce serait une réforme véritablement démocratique et sociale que d'améliorer le sort de huit millions de petits propriétaires, qui forment une des parties la plus intéressante de la population française.

l'autre, et choisir le système de la transcription, tel que nous l'entendons, c'est, loin de repousser systématiquement le Livre Foncier, en préparer pour l'avenir l'adoption toute naturelle. Comme on l'a déjà remarqué avec raison, en effet, « rien n'empêchera, lorsque dans un temps plus ou moins long où la réfection du cadastre aura été terminée, où les esprits se seront petit à petit habitués à l'idée d'une réforme plus radicale, rien n'empêchera alors l'adoption du Livre Foncier ; tout au contraire, en facilitant l'organisation, le terrain aura été préparé par l'extension de la publicité et de la spécialité, et le développement qu'aura acquis la propriété foncière, par suite des améliorations réalisées, aura permis d'accorder plus facilement les annuités nécessaires à la réfection du cadastre » (1).

Du reste, cette conclusion, à laquelle nous avons été amené par l'examen impartial des faits, est celle adoptée par un certain nombre des partisans du Livre Foncier, M. Guillouard, qui est une autorité dans les questions hypothécaires, le reconnaît d'une façon très loyale. « Il se passera bien longtemps encore, écrivait-il en 1904, à l'occasion du centenaire du Code civil, nous ne nous illusionnons pas, avant que le Livre Foncier soit établi en France, et cela pour plusieurs raisons : le Parlement a d'autres pré-

(1) P. Sivan, *op. cit.*

occupations que la réforme de nos lois civiles ; l'établissement du Livre Foncier coûtera beaucoup, quel que soit le régime qu'on adopte ; enfin sa création soulève de nombreuses hostilités, avec lesquelles il faut compter, lorsqu'il s'agit d'une réforme de cette importance, à laquelle les esprits ne sont pas encore préparés. Aussi croyons-nous qu'il serait utile, en attendant la création du Livre Foncier, et tout en la préparant par la révision du cadastre, de faire ce que les Allemands ont fait en Alsace-Lorraine en 1889, une loi transitoire, destinée à faire entrer dans les mœurs les principes de publicité et de spécialité de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits, la spécialité de l'hypothèque judiciaire et, en un mot, les différentes réformes partielles qui, tout en étant conciliables avec l'organisation du régime hypothécaire actuel, habitueraient peu à peu à ce régime de la publicité complète que le Livre Foncier peut seul donner. (1) »

Nous n'avons pas naturellement à envisager ici la réforme dans tout le détail de son application ; nous avons voulu seulement en dégager les principes pour avoir une vue d'ensemble. Ceux-ci étant maintenant posés, nous allons examiner comment dans ce système de la transcription, la spécialité des hypothèques

(1) *Livre du Centenaire*, Guillaouard. La revision du régime hypothécaire établi par le Code civil.

pourrait être assurée d'une façon complète, c'est-à-dire à la fois quant aux créances garanties et quant au gage hypothécaire.

Cette double forme de la spécialité est nécessaire pour la bonne organisation du régime hypothécaire, ainsi que nous l'avons démontré dans notre première partie. Cependant, on l'a quelquefois contesté, et à ce sujet, il nous paraît indispensable de signaler ici la théorie fort intéressante, quoique spécieuse, soutenue par M. Huc dans son important ouvrage sur le Code civil italien.

Selon cet auteur, ce serait la présence d'hypothèques spéciales, et non celle des hypothèques générales, qui constituerait la défectuosité et le manque d'harmonie du système législatif français, en la matière qui nous occupe.

M. Huc s'efforce de justifier cette opinion, qui semble au premier abord un véritable paradoxe, à l'aide du raisonnement suivant :

« Si toutes les hypothèques étaient générales, il n'y aurait jamais de difficulté pour savoir si telle ou telle parcelle de terre est hypothéquée ou ne l'est pas. Ce qui fait naître le doute, c'est que certaines hypothèques ne s'étendent pas indistinctement à tous les biens du débiteur. Par conséquent, si la spécialité des créances garanties hypothécairement avait été établie d'une façon absolue, il serait à peu près inutile de spécialiser le gage hypo-

thécaire, le passif antérieur à chaque hypothèque nouvelle restant immuable, le créancier nouveau obtiendra sûrement pour gage l'excédent de valeur disponible (1).

En réalité, cette théorie, pour spécieuse qu'elle puisse paraître, n'est que le développement sous une forme paradoxale d'une idée juste poussée à l'extrême.

Ce qui est exact, en effet, c'est ainsi que l'a très judicieusement mis en lumière M. Planiol (2), c'est que la spécialité des créances garanties est la règle essentielle et fondamentale de toute bonne organisation hypothécaire, et que, si elle était rigoureusement établie, on pourrait à la rigueur ne pas exiger la spécialité du gage hypothécaire.

« Que reproche-t-on aux hypothèques générales, fait remarquer M. Planiol ? Uniquement ceci : Le débiteur qui est grevé d'une première hypothèque ne peut plus ensuite donner le premier rang à un nouveau créancier sur aucun de ses immeubles. Mais on oublie que ce qui nuit à un créancier, ce n'est pas d'être primé par quelqu'un, mais bien ne pas trouver un gage suffisant encore pour le désintéresser. Le véritable danger vient donc, non pas de la généralité du gage hypothécaire donné aux créanciers an-

(1) Iluc, *Code civil italien*, t 1, p. 328 à 245.

(2) Planiol, *op. cit.*, p. 842.

térieurs, mais de l'importance relative de leurs créances (1).

Tout ceci est fort exact ; il est certain que la spécialité quant au gage hypothécaire serait insuffisante et vraiment illusoire, si la spécialité quant aux créances garanties n'était pas au préalable réalisée. Mais il ne faut rien exagérer, la spécialité quant au gage hypothécaire n'est pas inutile, elle permet de ménager d'une façon plus complète le crédit du débiteur en affectant à la créance la seule partie des immeubles nécessaire à la garantie ; chaque créancier ayant une sûreté réelle déterminée aura un moins grand nombre de concours à subir ; il se décidera donc plus facilement à l'aliénation de ses fonds.

En un mot, la spécialité quant au gage hypothécaire complète et perfectionne le résultat obtenu par la spécialité quant aux créances garanties ; c'est ce que nous verrons du reste avec plus de détails en étudiant successivement les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles.

(1) Planiol, *op. cit.*, p. 842.

CHAPITRE II

LA SPÉCIALITÉ DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

La première réforme à réaliser, en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle, consiste sans aucun doute dans la suppression des deux exceptions apportées par le code à la règle de l'article 2129. On se souvient, en effet, que le législateur, après avoir posé la règle de la spécialité, y apporte deux exceptions notables, en permettant d'hypothéquer les biens à venir, dans les deux cas suivants : 1° lorsque les biens présents et libres ne suffisent pas pour la garantie de la créance ; 2° lorsque les immeubles hypothéqués, suffisants à l'origine, ont péri ou sont dépréciés au point de ne plus garantir le créancier.

La première exception est établie par l'article 2130, ainsi conçu : « Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il (le débiteur) peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté, à mesure des acquisitions. » Nous avons vu précé-

demment (1) que, malgré la teneur de son texte, qui paraît assez restrictif, l'article 2130 permet, en réalité, l'hypothèque des biens à venir, toutes les fois que le créancier l'exige.

Dans ces conditions, une seule réforme semblerait désirable, ce serait l'abrogation pure et simple de cette hypothèque subsidiaire. C'est, du reste, ce qui avait été demandé en 1841 par plusieurs cours d'appel, lors de l'enquête provoquée par le gouvernement de juillet sur la réforme hypothécaire. M. de Vatimesnil, dans son rapport déposé en 1850, avait proposé la même solution ; enfin cette abrogation a été à nouveau réclamée dans les différents projets et travaux les plus récents sur la réforme hypothécaire, notamment par l'avant-projet déposé le 1^{er} mars 1900 par la sous-commission juridique du cadastre et par l'article 17 du projet de loi Darlan. Cependant des critiques se sont élevées contre cette abrogation pure et simple, critiques qui ont eu une répercussion dans les milieux parlementaires. Lorsque la commission sénatoriale chargée d'examiner le projet du garde des Sceaux Darlan, a été amenée à se prononcer sur la question, elle s'est déclarée partisan du maintien de l'article 2130. La principale raison indiquée par la commission était la suivante : « la suppression de l'hypothèque subsidiaire sur biens à venir, en cas

(1) 1^{re} partie, chapitre I.

d'insuffisance des biens présents, aurait, au dire du rapporteur, le gros inconvénient de ruiner le crédit de tous les débiteurs qui, n'ayant pas de biens présents, ont néanmoins de justes raisons d'escompter l'acquisition de biens à venir (1). »

Nous ne pensons pas que cette critique soit fondée. En réalité, la prétendue garantie donnée par l'article 2130 est le plus souvent illusoire, et dans les cas assez rares où elle s'applique, les intérêts qu'elle sauvegarde sont, en général, bien peu recommandables. Pour vérifier l'exactitude de notre première assertion, il suffit de se rappeler que pour profiter d'une hypothèque sur biens à venir, le créancier qui l'a obtenue doit prendre, en sus de l'inscription immédiate, sur les biens présents, une nouvelle inscription sur chaque acquisition immobilière faite par son débiteur. Or, quelle que soit la diligence du créancier bénéficiaire de l'hypothèque conventionnelle, il sera toujours et nécessairement primé par l'hypothèque judiciaire ou l'hypothèque légale qui grèvent les immeubles du débiteur, puisque ces dernières hypothèques sont garanties, une fois pour toutes, par une inscription unique. Donc, dans tous les cas (et ils sont nombreux) où le débiteur sera tuteur ou mari, ou encore où ses immeubles seront grevés d'une hypothèque judiciaire, la prétendue garantie

(1) Rapport de M. Thezard, p. 469.

donnée par l'article 2130 sera absolument nulle et sans effet.

En pratique, les cas dans lesquels l'hypothèque sur biens à venir trouve son application sont en général les suivants : il s'agit la plupart du temps des fils de famille qui escomptent le bénéfice de l'héritage paternel ; en attendant cette bonne fortune, et pour se procurer immédiatement l'argent qu'ils désirent, ils s'adressent à des usuriers qui se sont fait pour ainsi dire une spécialité dans ce genre d'opérations. Si le fils de famille possède quelques immeubles lui appartenant en propre, l'usurier ne manquera pas de les faire déclarer insuffisants pour bénéficier de l'article 2130. S'il ne possède aucun immeuble, il y a un moyen, qu'on pourrait qualifier de classique, pour permettre au prêteur à la petite semaine de réaliser une opération encore plus avantageuse pour lui : « on fera acquérir au fils de famille un immeuble d'une valeur insignifiante, et on lui fera souscrire en même temps une obligation considérable. On prend hypothèque pour le bien présent dont il est facile de reconnaître l'insuffisance ; puis on étend l'hypothèque aux biens à venir, qui se trouvent ainsi engagés avant même qu'ils soient entrés dans le patrimoine de l'emprunteur. Et voilà quelles combinaisons facilite l'article 2130 du Code civil. »

Du reste, la constatation des abus que permet aux

gens peu scrupuleux le texte de l'article 2130 n'est pas récente ; dès 1850, M. de Vatimesnil le remarquait déjà, et avec beaucoup de justesse. « Cette faculté accordée par l'article 2130 du Code civil, écrivait-il dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, est d'une utilité presque nulle dans la pratique des affaires, et si l'on en usait, elle serait peu morale. Quel est, en effet, l'individu qui peut se faire un moyen de crédit de ses biens à venir ? En général, c'est le fils de famille qui escompte ainsi d'avance la succession de ses parents. Et quels sont les hommes qui peuvent consentir à lui prêter sur un gage aussi éventuel ? Trop souvent les usuriers, qui trouvent dans l'énormité de l'intérêt ou dans des stipulations frauduleuses l'équivalent du risque auquel ils s'exposent. La tendance de la loi doit être d'interdire autant que possible les pactes aléatoires et de n'admettre que les garanties susceptibles d'une appréciation positive et invariable. C'est le moyen le plus sûr d'abaisser le taux de l'intérêt (1). »

Nous sommes donc fondé à conclure que le meilleur moyen de remédier à la généralité des hypothèques pour le cas qui nous occupe consiste dans l'abrogation pure et simple de l'article 2130 ; « l'hypothèque sur biens à venir ne pouvant intéresser

(1) Vatimesnil, *Revue de législation et de jurisprudence*, année 1850, t. III, p. 119.

que les prêteurs à la petite semaine et à la grosse aventure, la loi ne devant pas favoriser les moyens de crédit qui, loin de favoriser la conclusion d'affaires sérieuses, ne servent d'ordinaire qu'à entraîner la ruine des prodiges et des faibles d'esprit (1).»

La même conclusion doit être admise pour le second cas, dans lequel la loi permet l'hypothèque des biens à venir. Cette seconde hypothèse est réglée par l'article 2131 du Code civil ainsi conçu : « Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents assujettis à l'hypothèque eussent péri ou éprouvé des dégradations de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement ou obtenir un supplément d'hypothèque. » Cet article est assurément moins compréhensif que le précédent, puisqu'il suppose une perte ou des dégradations matérielles importantes ; il n'en est pas moins vrai qu'il constitue néanmoins une atteinte à la règle de la spécialité dont nous avons précédemment démontré toute la nécessité. Voilà pourquoi nous estimons qu'il y aurait lieu de supprimer purement et simplement l'article 2131 comme l'article 2130. Cependant, la commission sénatoriale chargée d'examiner le projet Darlan a refusé d'admettre cette abrogation malgré l'insistance de plu-

(1) Challamel, *op. cit.*, p. 55.

sieurs de ses membres, et notamment de M. Thézard, le rapporteur. On a craint de léser par cette abrogation l'intérêt des créanciers hypothécaires antérieurs à la détérioration de l'immeuble qui auraient ainsi à souffrir, disait-on, d'une perte fortuite qu'il leur était impossible de ne pas prévoir.

Nous ne pensons pas que cette objection soit sérieuse, en raison notamment des garanties données aux créanciers hypothécaires par suite de la constitution du contrat d'assurances. Il ne faut pas oublier, en effet, que le contrat d'assurances terrestres, à peu près inconnu en 1804, a pris aujourd'hui un développement tel, qu'à l'heure actuelle tous les propriétaires sérieux prennent toujours soin en pratique de se garantir des pertes ou dégradations possibles que pourront subir leurs immeubles, en signant une police avec l'une quelconque des compagnies d'assurances qui se multiplient tous les jours. Jusqu'en 1889, il est vrai, l'assurance du propriétaire foncier ne garantissait aucunement les droits des créanciers hypothécaires puisque la jurisprudence (à tort du reste, selon nous) refusait de les subroger au droit du propriétaire sur l'indemnité payée par la compagnie, en prétendant que celle-ci représentait non pas le prix de l'immeuble, mais la contre-partie des primes versées (1).

(1) Voir notamment : Cass., 28 janvier 1831 (S. 31, I. 291) ;

S'il en était de même aujourd'hui, on comprendrait le bien fondé de la critique faite par la commission sénatoriale, mais la situation a changé grâce à la loi du 19 février 1889. Celle-ci, en effet, subroge les créanciers privilégiés et hypothécaires dans les droits du propriétaire sur l'indemnité due par la compagnie d'assurances. La loi de 1889, ajoute cependant, que les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables. Cette nécessité de faire opposition est, selon nous, critiquable, et il nous paraîtrait plus logique de décider, comme dans l'avant-projet de la sous-commission juridique du cadastre, « que l'assureur, pour pouvoir se libérer valablement sera tenu de lever un état des inscriptions et de mettre en demeure les créanciers hypothécaires de se présenter dans un délai déterminé pour exercer leurs droits. »

Quoi qu'il en soit, du reste, de cette observation, sur laquelle nous n'avons pas à insister davantage, il n'est pas exact de dire qu'à l'heure actuelle, en dehors même de l'hypothèque subsidiaire sur biens à venir, les droits des créanciers hypothécaires diligents ne sont pas sauvegardés dans le cas de perte et de détérioration de l'immeuble. Puisque depuis la loi du 19 février 1889, ils sont (à charge pour eux de faire

opposition) subrogés dans les droits du propriétaire sur l'indemnité de l'assureur, il n'y a plus maintenant aucun motif légitime de maintenir l'hypothèque subsidiaire sur biens à venir qui grève inutilement le crédit du débiteur. En abrogeant ainsi purement et simplement les articles 2130 et 2131, nous aurons ramené, d'une façon complète, l'hypothèque conventionnelle à la règle de la spécialité dont elle n'aurait jamais dû s'écarter. Les explications que nous venons de donner montrent combien cette réforme serait d'une réalisation rapide et peu coûteuse.

CHAPITRE III

L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

Actuellement, l'hypothèque judiciaire est réglée par la section II du chapitre III du titre XVIII du Code civil. Cette section ne comporte qu'un seul article dont la teneur est la suivante : « l'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées. Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution. L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois ou dans les traités.

De cet article 2123, il résulte tout d'abord, au point de vue qui nous occupe, que l'hypothèque judiciaire, quelle que soit la cause qui lui donne naissance, est générale et comme telle, présente, au point de vue économique les multiples inconvénients que nous avons indiqués dans le chapitre I^{er} de notre première partie. Nous allons maintenant rechercher le remède pratique à cette généralité, et pour le trouver, nous envisagerons successivement les deux formes d'hypothèque judiciaire admises par le code, savoir : l'hypothèque des actes privés reconnus en justice, et l'hypothèque attachée aux jugements de condamnation.

Le Code de procédure civile permet à tout créancier, en vertu d'un acte sous seing privé, d'assigner son débiteur en reconnaissance d'écritures, pour éviter que celui-ci ou ses héritiers ne contestent la validité de la signature apposée dans l'acte. Le tribunal rendra un jugement de reconnaissance ou de vérification, le premier constatant que le débiteur reconnaît bien l'authenticité de sa signature, le second établissant qu'après vérification faite, la signature apposée dans l'acte est bien celle du débiteur. Grâce à cette procédure, le créancier aura ainsi un acte sous seing privé présentant le même caractère d'authenticité que les actes notariés et il bénéficiera, en outre, d'une hypothèque générale portant sur tous les biens présents et à venir du débiteur.

Pour remédier à cet inconvénient de la généralité, résultant de la reconnaissance ou de la vérification d'écritures, on a parfois proposé d'obliger simplement le créancier à désigner les immeubles qu'il entend grever de garantie réelle. Nous estimons, pour notre part, que cette mesure serait insuffisante, car ce n'est pas seulement par son caractère de généralité que l'hypothèque judiciaire des actes privés reconnus en justice est critiquable, c'est l'essence de cette garantie réelle qui est condamnable. Il n'y a pour nous d'autre réforme utile que celle de sa suppression pure et simple, comme le réclamait l'article 29 du projet Darlan.

L'hypothèque des actes privés reconnus en justice est, en effet, à la fois illogique dans son principe et injuste dans son application. Elle a pour conséquence directe, ce qui est contraire à tout bon sens, de placer le créancier en vertu d'un titre sous seing privé dans une situation préférable à celle du créancier en vertu d'un acte authentique, le premier bénéficiant d'une hypothèque générale, tandis que le second doit se contenter d'une hypothèque spéciale. Sans doute, la loi du 3 septembre 1807 (que nous avons déjà signalée) interdit d'inscrire l'hypothèque obtenue par jugement de vérification avant l'échéance de la créance ; mais cela n'empêche pas que, dès le jour de l'échéance du terme, le créancier en vertu de l'acte sous seing privé pourra prendre inscription,

puisqu'il peut obtenir, quand il lui plaît, son jugement de vérification, tandis que le créancier en vertu d'un acte notarié ne pouvant engager de poursuites avant l'expiration du terme, arrivera fatalement le dernier, et peut-être alors sera-t-il trop tard.

Et ce n'est pas tout : cette prétendue garantie présente, en outre, le grave inconvénient d'encourager la fraude : « L'hypothèque judiciaire des actes privés reconnus en justice permet, en effet, aux parties de tourner la loi protectrice des faibles, qui exige la spécialité de l'hypothèque et qui demande la présence du notaire pour que le débiteur puisse connaître l'étendue exacte de la brèche qu'il fait à son patrimoine. Le débiteur signe un billet à l'usurier qui a soin de le faire antidater ou de le rédiger payable à vue. Celui-ci, aussitôt après, l'assigne en reconnaissance d'écriture. La créance est prouvée en justice ; le jugement intervient et le malheureux débiteur voit tous ses biens grevés de l'hypothèque judiciaire, alors que souvent la moindre parcelle de terre aurait suffi, et au-delà, à garantir le paiement de la dette. Quand la loi aboutit à faire consacrer l'usure, elle ne mérite guère qu'on la défende (1). »

Il est donc bien évident que la spécialité serait, à elle seule, insuffisante, et c'est pour cette raison que nous nous sommes rallié, sur ce point, au projet

(1) P. Sivan, *op. cit.*, p. 320.

Darlan, réclamant la suppression pure et simple.

La même solution a été préconisée dans le même projet pour l'hypothèque judiciaire attachée aux jugements de condamnation. A la vérité, cette suppression est réclamée depuis plus d'un demi-siècle, puisque dès 1830 M. Vatimesnil la demandait à l'Assemblée législative. Nous n'avons pas à refaire ici, après tant d'autres, le procès de l'hypothèque judiciaire ; contentons-nous de remarquer que, depuis le dépôt du projet Vatimesnil, cette garantie réelle n'a cessé d'être critiquée et condamnée tant par les jurisconsultes que par les parlementaires. M. Challamel, dans son rapport que nous avons déjà cité à maintes reprises, conclut son étude sur l'hypothèque judiciaire par cette déclaration, « que l'hypothèque judiciaire est la plus mortelle ennemie du crédit immobilier ». Du reste, l'avant-projet de la commission du cadastre, tout comme le projet Darlan, réclame la suppression de l'hypothèque judiciaire.

Pour nous, dussions-nous passer pour bien timide et partisan des demi-mesures, nous estimons que la suppression pure et simple de l'hypothèque judiciaire constituerait un véritable danger au point de vue du développement du crédit public. Certes, nous croyons connaître toutes les objections formulées contre cette garantie réelle, et nous en saisissons toute la justesse et la gravité ; nous n'ignorons pas que l'hypothèque judiciaire, instituée contrairement

au principe de la liberté des contrats, est en opposition formelle avec la règle de l'article 2093 du Code civil (1). Nous savons également qu'elle ruine le crédit du débiteur, « qu'elle est le prix de la course », qu'elle sacrifie les droits des créanciers, les uns aux autres, sans aucune cause légitime de préférence, qu'elle multiplie les procès, qu'elle accroît considérablement les frais, déjà si élevés en matière de transactions immobilières, et, enfin, qu'elle complique les procédures d'ordre dont la simplification serait pourtant si nécessaire au point de vue de la rapidité et de l'économie des mutations foncières. Nous connaissons toutes ces critiques, sur lesquelles nous n'insistons pas davantage, parce qu'elles ont été à maintes reprises développées par tous ceux qui ont étudié la question de la réforme hypothécaire ; nous y souscrivons entièrement, et c'est une des raisons pour lesquelles nous estimons que l'application de la règle de la spécialité serait, en cette matière, absolument insuffisante.

Mais il n'en reste pas moins que la suppression pure et simple de l'hypothèque judiciaire présente un danger considérable, qui rendrait ici le remède pire que le mal. Il ne faut pas oublier, en effet, que

(1) « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

tout plaideur qui gagne son procès doit être en mesure d'assurer l'efficacité de la sentence qu'il obtient, souvent au prix de beaucoup de temps et de beaucoup de frais. Or, en supprimant purement et simplement l'hypothèque judiciaire, on risque d'enlever toute efficacité aux jugements et de faciliter les fraudes des débiteurs peu scrupuleux. Il faut se rappeler, en effet, qu'en plus du délai, plus ou moins long, nécessaire pour obtenir du greffe la grosse de son jugement, le créancier poursuivant doit attendre un mois après le commandement pour pouvoir saisir les immeubles de son débiteur. Or, si on vient à supprimer purement et simplement l'hypothèque judiciaire, rien désormais n'empêchera ce dernier, soit de vendre son immeuble, soit de l'hypothéquer au profit d'un de ses amis ; le créancier n'aura plus que le recours très aléatoire de l'action paulienne, qui met à sa charge la preuve de la fraude, souvent très difficile à établir en pratique.

L'exactitude de cette remarque se trouve, du reste, pleinement confirmée par l'exemple de la Belgique, qui, après avoir supprimé purement et simplement l'hypothèque judiciaire par la loi du 16 décembre 1831, a dû revenir sur cette mesure par trop radicale dès le 15 août 1854. Dans ces conditions, il nous paraît que la meilleure solution à adopter se trouve tout indiquée par l'expérience de nos voisins. Elle consiste à prendre tout de suite les mesures aux-

quelles ils ont été conduits par les nécessités de la pratique. Nous voulons parler ici de la réforme réalisée par la loi du 15 août 1854, sur laquelle nous avons eu l'occasion déjà de donner quelques indications dans le chapitre I^{er} de notre deuxième partie.

La réforme que nous préconisons ici, est extrêmement simple : puisque l'hypothèque judiciaire est néfaste à tant d'égards, il n'y a pas à hésiter à la supprimer, mais on devra assurer l'efficacité des jugements de condamnation à l'aide du moyen suivant : le créancier poursuivant devra commencer par faire transcrire son commandement ; du jour de cette transcription, l'immeuble du débiteur devient alors indisponible pendant un mois, et, ce délai écoulé, le créancier, s'il est diligent, n'a qu'à opérer la saisie. De cette façon, il sera impossible au débiteur d'aliéner ou d'hypothéquer son immeuble au profit d'un tiers, et, d'autre part, cette mesure, tout en assurant l'efficacité des jugements, ne présente aucun des inconvénients de l'hypothèque judiciaire actuelle. Nous avons, du reste, un exemple qui est, à lui seul, plus probant que tous les raisonnements, c'est l'expérience très heureuse qu'en a faite la Belgique depuis plus de cinquante ans. Espérons que nous ne tarderons pas plus longtemps à réaliser une réforme, dont personne aujourd'hui ne conteste plus l'utilité (1).

(1) La sous-commission juridique du cadastre a refusé d'adopter

ce système, auquel elle reprochait d'être trop rigoureux et trop compliqué. Les explications que nous venons de fournir nous paraissent amplement suffisantes pour démontrer que ces critiques sont injustifiées.

CHAPITRE IV

LES HYPOTHÈQUES LÉGALES

En abordant ainsi, avec ce chapitre IV, l'étude des hypothèques légales, nous touchons au point le plus difficile de tout notre travail. Si, en effet, le Code civil a admis le système que nous avons critiqué, et si depuis plus d'un siècle aucune réforme n'a été réalisée sur ce point, c'est que le législateur, qui est le défenseur naturel des incapables, craint, en modifiant la législation, de sacrifier les intérêts qu'il a pour mission de sauvegarder. A l'heure actuelle personne ne nie plus que la généralité des hypothèques légales cause un préjudice considérable au crédit immobilier, mais certains prétendent que c'est là un mal nécessaire et que le remède serait pire que le mal, puisqu'il sacrifierait les garanties nécessaires aux incapables, dont les intérêts sont particulièrement respectables. Nous allons rechercher s'il n'existe pas un moyen permettant de concilier l'intérêt général avec celui des incapables. Pour cela, nous étudierons successivement l'hypothèque légale

de l'État, des départements et des communes, celle des femmes mariées et celle des mineurs.

§ 1^{er}. — *Hypothèques légales de l'État et des établissements publics.*

Nous commençons par l'étude de l'hypothèque légale de l'État, car c'est celle dont la réforme nous apparaît comme la plus simple. Cette hypothèque est établie par l'article 2121 dont la teneur suit : « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont ceux de l'État, des communes et des établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. »

L'hypothèque ainsi constituée porte sur tous les immeubles des comptables, sauf sur ceux qui sont déjà frappés du privilège de l'article 2098 et de la loi du 5 septembre 1807. Actuellement tous les immeubles appartenant aux comptables de deniers publics, lors de leur nomination, ainsi que tous ceux qu'ils ont acquis postérieurement à titre gratuit, sont grevés d'une hypothèque légale au profit de l'État. Cette généralité, même mitigée, présente les inconvénients que nous avons signalés dans notre première partie.

Ici, rien ne serait plus simple qu'un retour direct

au principe de la spécialité sans que, du reste, l'intérêt de l'État en soit en rien sacrifié. La sous-commission juridique du cadastre a proposé, sur ce point, une réforme qui nous paraît excellente : on supprimerait l'inscription préventive actuelle comme étant d'une rigueur excessive, et l'on obligerait simplement les comptables, sous peine d'amende, à énoncer leur qualité dans tous les actes d'acquisition immobilière. En cas de malversation, les agents du trésor prendraient une inscription spécialisée sur les immeubles, et l'étendue du gage hypothécaire serait proportionnée à l'importance de la malversation. De cette façon, l'intérêt de l'État, déjà garanti par le privilège qui porte sur les immeubles acquis à titre onéreux, serait pleinement sauvegardé, sans que le comptable ait à souffrir d'une hypothèque générale venant compromettre son crédit, et cela d'une façon préventive, alors que les faits depuis plus d'un siècle dénotent tout motif de suspicion à cet égard.

Telle est la réforme qui nous paraît désirable en cette matière, et nous ne pouvons que complètement repousser l'article 39 du projet Darlan, qui décide, au mépris de la logique et de l'équité, « qu'il n'est rien changé aux privilèges et hypothèques qui garantissent les créances de l'État ».

§ 2. — *Hypothèque légale de la femme mariée.*

Nous avons tout particulièrement insisté dans notre première partie sur les inconvénients économiques que présente la généralité de cette hypothèque et sur la ruine de toute garantie pour la femme, résultant des subrogations et des renonciations à l'aide desquelles, en pratique, on remédie au défaut de spécialité. Nous n'avons donc pas ici à revenir sur ce point ; qu'il nous suffise de remarquer que dans l'état actuel de nos mœurs, le rôle de la femme est loin d'être celui qui avait été conçu par les rédacteurs du code. Ceux-ci seraient certes fort étonnés, s'ils pouvaient voir la part d'action et la direction effective dans la pratique des affaires et dans la gestion des patrimoines, prises par la femme moderne en dépit même du législateur. Elle oblige en quelque sorte ce dernier, dans des cas de plus en plus nombreux, à se départir de sa rigueur primitive (1). C'est en raison de cet état de choses qui tend à rendre la femme française de plus en plus l'associée du mari, comme

(1) C'est ainsi notamment que la loi du 7 décembre 1897 a permis aux femmes de devenir témoins, que celle du 9 avril 1881 leur permet de placer librement les fonds à la caisse d'épargne, que celle du 13 juillet 1907 leur laisse la libre disposition de leur salaire.

en Angleterre, que certains esprits audacieux ont été jusqu'à demander la suppression pure et simple de l'hypothèque, comme de l'incapacité légale de la femme.

Une réforme aussi radicale serait, selon nous, désastreuse ; nous ne sommes pas encore en présence d'un fait social accompli, nous assistons seulement au début d'une évolution dans les mœurs, évolution qui doit être lente pour pouvoir être durable. Pour cette période de transition dans laquelle nous entrons, il faut une solution pondérée, qui consiste justement dans le maintien de l'hypothèque légale, mais en la soumettant à la double règle de la publicité et de la spécialité.

Mais par quels moyens pratiques pourrait-on arriver à ce résultat ? Le projet Darlan et l'avant-projet de la sous-commission juridique du cadastre nous fournissent sur ce point des indications précieuses. L'article 19 du projet Darlan commence par déterminer de quelle façon la spécialité sera assurée au début du mariage. « Tout contrat de mariage, nous dit-il, détermine la somme pour laquelle la femme aura hypothèque légale sur les immeubles de son mari, en raison de sa dot et des conventions matrimoniales. Le contrat désigne ceux des immeubles du mari sur lesquels portera l'hypothèque ; à défaut de cette désignation, l'hypothèque portera sur tous les immeubles présents du mari. Il peut être sursis à

l'inscription, mais il ne peut pas être convenu qu'elle ne sera jamais prise. Le notaire doit prévenir les parties que l'hypothèque n'aura d'effet que par l'inscription ; mention en est faite dans le contrat. » De cette façon, la spécialité de l'hypothèque est assurée à la fois quant à la créance garantie, et quant au gage immobilier, et l'on ne peut pas dire que l'intérêt de la femme soit sacrifié au jour du contrat de mariage. En effet, les parties sont indépendantes l'une de l'autre, et il ne faut pas oublier que la femme est incapable, non à raison de son sexe, mais de son état de femme mariée, où elle est considérée comme la subordonnée du mari et subissant son influence.

Mais la mesure de l'article 19 serait insuffisante à elle seule ; aussi est-elle complétée par celle de l'article 20 du projet, dont le texte est le suivant : « toute inscription qui pourrait devenir nécessaire pendant le mariage sera prise par le mari ou par la femme elle-même sans aucune autorisation, sur les immeubles du mari et pour des sommes déterminées. Les parents et alliés de la femme, en ligne directe et en ligne collatérale au degré de frère, de sœur, d'oncle et de tante, pourront requérir l'inscription avec autorisation du président du tribunal du mari ». Cet article 20 était indispensable, il importait, en effet, d'assurer la spécialité de l'hypothèque pour les créances qui peuvent naître au profit de la femme

pendant le cours du mariage. Cela est d'autant plus nécessaire que ces créances sont souvent les plus importantes. Le projet charge le mari tout d'abord, ce qui est logique, puisqu'il demeure toujours le défenseur naturel de la femme. A son défaut, c'est la femme elle-même qui prendra inscription, et c'est encore parfaitement logique, puisque nous avons vu que la femme devient de plus en plus l'associée du mari dans les intérêts matériels ; c'est donc à elle de remplir les diligences des créanciers ordinaires, en faisant inscrire son hypothèque légale. Enfin, c'est encore avec raison selon nous, que l'article 20 associe les parents à cette tâche. « Leur intervention dans bien des cas peut être utile, car il ne faut pas oublier qu'en subordonnant l'effet de l'hypothèque légale à la formalité de l'inscription, nous exigeons de la femme une manifestation de volonté, dont elle n'aura pas toujours le courage. Mais d'autre part, il pourrait arriver que cette intervention fût indiscrete, et que la réquisition d'inscription fût contraire à ses véritables intérêts. Il est donc nécessaire que la justice soit appelée à vérifier le bien fondé de la requête à fin d'inscription (1). » Cependant, on peut faire une critique à l'organisation établie par le projet Darlan, il néglige, à tort selon nous, d'associer le notaire aux mesures de protection prises en faveur

(1) Challamel, *op. cit.*, p. 37.

des incapables. L'avant-projet de la sous-commission juridique avait été mieux inspiré en l'espèce, en obligeant le notaire à demander à la femme si elle désire prendre une nouvelle inscription d'hypothèque, toutes les fois qu'il aura à rédiger un acte d'où peut résulter une nouvelle cause de créance de la femme contre le mari. Comme presque tous les droits nouveaux qui naissent à la femme sont accompagnés d'une intervention du notaire, on assure, de cette façon, une garantie de plus pour la femme.

Terminons avec l'étude de l'hypothèque légale de la femme mariée, en remarquant que, d'après l'article 21 du projet Darlan, cette hypothèque légale « peut être remplacée, en tout ou en partie, par un cautionnement, dont les conditions sont déterminées soit par le contrat de mariage, soit par le tribunal du domicile du mari, statuant en chambre du conseil sur simple requête ». Nous avons assez souvent signalé au cours de notre travail la nécessité de faire participer la fortune mobilière aux garanties nécessaires aux incapables, pour qu'il nous soit inutile d'insister ici pour montrer l'excellence de cette mesure.

§ 3. — *Hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

L'incapacité de la femme mariée n'est après tout qu'une fiction législative, qui est de moins en moins en harmonie avec les faits, ainsi que nous l'avons vu dans notre précédent paragraphe. L'incapacité des mineurs et des interdits est, au contraire, une incapacité réelle, et le législateur, qui est le protecteur né des faibles, doit leur assurer toutes les garanties que nécessitent leur âge ou leur état mental.

Toute la question est de savoir quelle doit être la mesure qu'il convient d'adopter. Sur ce point, comme le faisait remarquer fort judicieusement la sous-commission juridique du cadastre « l'organisation de la tutelle établie par le Code civil, qui peut paraître séduisante et ingénieuse en théorie, est, en fait, désastreuse au point de vue économique, non seulement pour ceux qui remplissent les fonctions de tuteurs, mais, en outre, pour ceux-là mêmes que la loi a voulu garantir. A force d'être protégés, les incapables sont asservis à des dispositions si inflexibles que les biens dont ils héritent ne suffisent pas quelquefois à payer les frais des procédures qui doivent leur en assurer la propriété. »

Cette remarque, générale en ce qui concerne la

tutelle, s'applique tout spécialement à l'hypothèque légale des mineurs et interdits. Nous avons montré dans notre première partie les multiples inconvénients de cette sûreté réelle, occulte et générale à la fois quant à la créance garantie, et quant au gage hypothécaire, et il ne nous reste plus maintenant qu'à indiquer quelle est la réforme nécessaire. L'exposé de notre paragraphe précédent fait pressentir par avance qu'il ne peut s'agir que du retour complet à la double règle de la publicité et de la spécialité déjà préconisée pour l'hypothèque légale de la femme mariée. Dans les deux cas, les mêmes raisons militent en faveur de cette application ; nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons précédemment exposé, qu'à nous contenter, ici d'indiquer rapidement à l'aide de quels moyens cette réforme pourrait être réalisée.

Nous avons ici un organe tout désigné pour prendre les intérêts du mineur, organe qui fait défaut à la femme mariée : c'est le conseil de famille, composé de parents et d'amis du pupille ; il est tout naturel de lui confier le soin d'inscrire et de déterminer l'hypothèque légale. C'est, en effet, ce que préconisent les articles 24 et suivants du projet Darlan et les articles 29 et suivants de l'avant-projet de la sous-commission juridique. La détermination de l'hypothèque se fera tout naturellement au début de la tutelle, au cours de la réunion du conseil de

famille exigée par le législateur. Quant à l'inscription, l'article 33 de l'avant-projet de la sous-commission indique un moyen presque mécanique de l'assurer : ce sera la tâche du greffier de justice de paix ; il devra dans la huitaine prendre inscription sous peine de cent francs d'amende, sans préjudice des dommages-intérêts que pourraient réclamer les intéressés. Si au cours de la tutelle, de nouveaux biens viennent à échoir au mineur et rendent nécessaire une extension de son hypothèque, ce sera le conseil de famille qui sera chargé de cette mission. On peut craindre cependant que le tuteur, se souciant peu d'une telle mesure, n'évite de réunir le conseil. La sous-commission du cadastre a prévu la difficulté et l'a résolue de la façon suivante : si les nouveaux droits échus au mineur résultent d'un acte authentique, le notaire rédacteur devra en aviser immédiatement le juge de paix ; si, au contraire, ces droits découlent d'un acte sous seings-privés, le subrogé-tuteur ou l'un quelconque des parents et amis du pupille n'auront qu'à avertir officieusement le juge de paix. De cette façon le crédit du tuteur sera sauvegardé, sans que les intérêts du pupille aient à en souffrir ; ceux-ci, en effet, sont sauvegardés, non seulement par le conseil de famille, mais encore par le juge de paix, puis par le tribunal civil lui-même, auquel peuvent toujours être soumises, en tout état de cause, les décisions du conseil de famille, et ce à

la demande du juge de paix ou de l'un quelcônque des membres du conseil.

Terminons avec le mineur, en remarquant que le projet Darlan et l'avant-projet de la sous-commission du cadastre édictent une mesure dont nous sommes pleinement partisan, savoir : la substitution à l'hypothèque légale d'un cautionnement sérieux, de valeur de tout repos.

CONCLUSION

De notre étude, au terme de laquelle nous sommes arrivé, une conclusion toute naturelle se dégage : c'est que l'œuvre de la réforme hypothécaire s'impose au législateur avec une urgence qu'il serait puéril de nier. C'est, en grande partie, ce caractère d'urgence de la réforme qui nous a conduit à écarter, quant à présent au moins, le projet d'application, en France du Livre Foncier, si séduisant qu'il puisse paraître en théorie. La réforme que nous préconisons, quoique beaucoup plus modeste, présente le grand avantage d'être facilement et rapidement réalisable. De plus, loin de retarder la mise en œuvre du système plus complet et plus parfait du Livre Foncier, elle en facilite l'admission, et en assure le succès pour l'époque, plus ou moins éloignée, où la réfection du cadastre sera terminée.

Le Parlement semble aujourd'hui se désintéresser un peu de la question, et après tant de travaux entrepris, de commissions réunies et de rapports déposés, aucune réforme pratique n'a été encore adoptée. Les législateurs étrangers, ont été, sur ce point,

mieux avisés, et depuis plus de 50 ans, en Belgique, en Italie et en Allemagne, la législation hypothécaire a été améliorée et complétée. Quant à nous, nous en sommes restés, aujourd'hui encore, aux règles de 1804, insuffisamment complétées en 1855. Cependant, dans le cours de l'année dernière, la question de la réforme hypothécaire a été remise à l'ordre du jour.

Comme nous l'avons indiqué, le Sénat se trouvait déjà saisi : 1° d'un projet de loi déposé par M. Darlan, garde des Sceaux le 27 octobre 1896 ; 2° d'une proposition de loi de M. Thézard, déposée le 29 mars 1904.

Le Sénat a apporté une sanction à ce projet et à cette proposition en adoptant un texte définitif qui fut transmis aussitôt à la Chambre des Députés. M. Chastenet, qui avait déposé aux deux précédentes législations une proposition de loi sur la matière, avait saisi à nouveau la Chambre de cette proposition à la date du 6 novembre 1906. M. Maurice Violette, député, fut chargé par la commission de la réforme judiciaire et de la législation civile et criminelle d'examiner à la fois le projet de M. Darlan et les deux propositions de MM. Thézard et Chastenet. Cette étude a été déposée, sous forme de rapport annexé au procès-verbal de l'une des séances suivantes de la Chambre des Députés.

Ce rapport fort complet, dans le détail duquel nous n'avons pas à rentrer ici, comprend l'étude,

1° d'une refonte de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription ; 2° d'une révision de la matière des privilégiés ; 3° d'une révision de la matière des hypothèques.

Pour ne parler que de cette dernière partie, qui seule nous intéresse, il nous suffira ici d'en retracer les grandes lignes.

La proposition de M. Chastenet est inspirée des mêmes considérations que les précédentes que nous avons indiquées. La principale préoccupation est celle de réduire autant que possible le rôle et l'importance des hypothèques non inscrites.

Néanmoins le projet a crû devoir maintenir l'hypothèque judiciaire dispensée d'inscription ; mais en tant que cette hypothèque porte sur les biens à venir, le projet exige une inscription qui devra se faire au fur et à mesure que les immeubles entreront dans le patrimoine du débiteur.

De plus, le projet, dans le but de diminuer l'effet souvent dangereux de l'hypothèque judiciaire, autorise, dans des cas limitativement déterminés, les créanciers à faire annuler l'hypothèque judiciaire prise lors de la déconfiture du débiteur par un créancier qui en avait connaissance.

Quant aux hypothèques légales, elles conservent, en principe, leur caractère occulte et général.

Comme on le voit, cette proposition est beaucoup plus timide que le projet du gouvernement ; on peut

en résumer d'un mot l'économie, c'est une mesure heureuse mais incomplète.

Un pareil projet n'apportera pas de bien grandes modifications à notre régime hypothécaire ; aussi ne pourrons-nous que renouveler ici la constatation pénible faite par M. Guillouard en 1904 pour le Centenaire du Code civil : « Que les personnes autorisées, disait-il, avant de se former une opinion, étudient sur ce point la législation comparée ; elles verront que notre législation hypothécaire est, au commencement du vingtième siècle, une des plus mauvaises du monde ; et alors que de toutes parts, on s'est préoccupé d'améliorer cette partie si importante de nos lois civiles, la France en est restée au régime hypothécaire de 1804, au grand détriment des intérêts économiques de notre pays. »

Le Parlement, qui entend s'occuper surtout des intérêts économiques et sociaux, ne semble pas avoir compris que la réforme hypothécaire est une question économique et sociale de premier ordre. On sait les capitaux qu'elle met en jeu et le nombre considérable de Français qu'elle intéresse dans un pays comme le nôtre, où la propriété foncière se trouve la plus démocratisée de tous les pays d'Europe. Or, en améliorant notre législation hypothécaire, nous pourrions encore augmenter ce caractère démocratique de la propriété foncière : « les lois qui grèvent cette propriété, comme le remarquait fort justement

M. Neymarek à la sous-commission du cadastre, l'empêchent d'arriver, aux mains des plus aptes, à lui faire produire abondamment et mettent obstacle aux transformations que devraient subir les modes de culture pour répondre à des besoins qui changent et se multiplient au fur et à mesure que les populations croissent en nombre et en aisance. Enfin, en améliorant notre législation hypothécaire, nous faciliterons l'accession des capitaux vers la terre, revenant ainsi à la doctrine de Turgot, et nous aurons rendu un véritable service au pays, car la possession de la terre est le but certain de l'épargne (1).

Vu :

Le Président de la thèse,

Vu :

R. PIÉDELIÈVRE.

Le Doyen,

CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

(1) *Procès-verbaux du cadastre*, f. II, p. 202.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE.....	vii
INTRODUCTION.....	1

PREMIÈRE PARTIE

État actuel de notre régime hypothécaire.

CHAPITRE I ^{er} . — <i>Principe de la spécialité</i>	10
§ 1 ^{er} . — Spécialité quant aux créances garanties.....	12
§ 2. — Spécialité quant au gage hypothécaire.....	17
CHAPITRE II. — <i>Origine du principe de la spécialité</i>	31
CHAPITRE III. — <i>Remèdes apportés à la généralité des hypothèques et leur insuffisance</i>	40
§ 1 ^{er} . — Remèdes apportés par le Code civil.....	40
§ 2. — Remèdes apportés par les lois postérieures....	49

DEUXIÈME PARTIE

Essais de spécialisation tentés en France et leur réalisation à l'étranger.

CHAPITRE I ^{er} . — <i>Essais de spécialisation tentés en France</i>	55
CHAPITRE II. — <i>La spécialité des hypothèques dans le système de la transcription</i>	60
CHAPITRE III. — <i>La spécialité dans le système du Livre Foncier</i>	68

TROISIÈME PARTIE

Des remèdes à apporter à la généralité des hypothèques.

CHAPITRE I ^{er} . — <i>Des conceptions possibles d'une réforme et de leur application</i>	77
CHAPITRE II. — <i>La spécialité de l'hypothèque conventionnelle</i>	94
CHAPITRE III. — <i>L'hypothèque judiciaire</i>	103
CHAPITRE IV. — <i>Des hypothèques légales</i>	112
CONCLUSION	124

